

Patti prematrimoniali e trust - I parte*

di **Giuseppa Maria Pulvirenti**

Il saggio offre un quadro delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza italiana in materia di patti prematrimoniali, illustrando gli orientamenti più recenti tesi ad ammettere patti volti a regolare singoli profili patrimoniali. L'autore rileva come l'interesse dei nubendi e dei coniugi a stipulare un contratto sugli effetti patrimoniali del divorzio, prima della crisi o in occasione della crisi, subisca una considerevole compressione a causa della perdurante ritrosia della giurisprudenza italiana ad ammettere la validità di questi accordi. L'autore, che reputa i patti prematrimoniali di grande utilità traendo spunto dall'esame di questa diffusa prassi negoziale alla luce della mutata realtà sociale e normativa e della evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale, propone l'adozione dello strumento del trust che analizza trattando il caso concreto di Donatella e Mario. Secondo l'autore, il trust, grazie alle sue prerogative, risulta essere lo strumento che, meglio degli istituti di diritto interno, riesce a gestire la crisi del rapporto coniugale, coniugando gli interessi dei coniugi con i valori ed i principi del nostro ordinamento. L'autore precisa che l'utilizzo del trust in funzione di patto prematrimoniale non esonera l'interprete dal dover compiere un controllo di liceità e meritevolezza.

The essay offers an overview of the Italian legal stand on prenuptial agreements, illustrating the most recent guidelines to allow regulating agreements on single assets profiles. The author specifies that the interests of engaged and married couples to conclude an agreement on property

consequences of a divorce, before or during a separation, undergo considerable decrease in numbers due to the persistent reluctance of the Italian courts to admit the validity of these agreements. The author, considering the prenuptial agreement of great utility, inspecting this extensive bargaining practice, given the social and legislation changes and the evolution of doctrinal and jurisprudential thinking/opinion, he proposes the adoption of a trust as an instrument, which he examines thoroughly in the case of Donatella and Mario's trust.

The author thinks the trust is the best instrument to regulate the marriage crisis, because of its prerogatives, even better than the internal juridical institutions, combining the couple interests with values and principles of our legal order. The author specifies that the use of the trust as a prenuptial agreement does not exempt the executor from verifying its lawfulness and entitlement.

■ Introduzione

Il tema dei patti prematrimoniali e trust si sta rilevando di attuale e rilevante interesse pratico, stante la frequente attenzione per la dimensione economica all'interno del matrimonio, in linea con il progressivo rilievo che, all'interno di questo contratto, viene ad acquistare la materia dei rapporti economici tra coniugi e il desiderio di prevenire liti in caso di rottura del vincolo (1).

Del resto è nota la diffusa prassi di utilizzare i trust familiari allo scopo di escludere i coniugi dei figli dai beni a questi spettanti nella successione dei loro genitori.

Nota:

(1) Approfondite analisi sono offerte da Landini-Palazzo (a cura di) *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, I, 2018; G. Oberto, "I contratti della crisi coniugale", nella serie di Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, pag. 485 ss.; Id., "L'autonomia nei rapporti patrimoniali tra i coniugi (non in crisi)", in *Familia*, 2003, pag. 617 ss..

Giuseppa Maria Pulvirenti - Notaio in Parma, Accreditato dall'Associazione il Trust in Italia

* Relazione tenuta all'VIII Congresso Nazionale Associazione Il Trust in Italia, Rimini 25 marzo 2020. La II parte dell'articolo sarà pubblicata nel prossimo fascicolo della Rivista.

In via preliminare è opportuno fare una precisazione terminologica al titolo della relazione, avvertendo che l'espressione "accordi prematrimoniali" andrebbe intesa in senso ampio e, forse, sostituita con l'espressione "accordi in vista della crisi" sia essa del matrimonio, dell'unione civile o della convivenza di fatto.

Questioni teoriche, ma anche sofferte controversie giudiziali, si pongono infatti nel medesimo modo e con la medesima frequenza nel caso della crisi della coppia, coniugata o meno che sia (2).

L'attributo prematrimoniale, peraltro, evocando marcatamente la tradizione cattolica, finisce con l'essere limitativo (3).

Gli accordi prematrimoniali, in linea generale, sono dei contratti stipulati dai coniugi/conviventi con i quali vengono disciplinati preventivamente i rapporti patrimoniali in caso di separazione o divorzio/rottura. La finalità di questo istituto è di evitare tutte le difficoltà legate alla fase patologica del rapporto, nel quale è sicuramente più difficile addivenire a un accordo in grado di contemperare le esigenze di entrambi i *partner*.

Gli accordi prematrimoniali sono di norma stipulati prima delle nozze; ma identiche pattuizioni possono essere concluse durante il matrimonio sino al momento della presentazione del ricorso per separazione personale.

Decisamente vasto il contenuto delle possibili intese: un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o *una tantum*, ovvero un diritto reale su uno o più immobili con il vincolo di destinare, ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., i proventi al mantenimento del coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi.

Delineato a sommi tratti il tema, occorre interrogarsi, *de iure condito* in assenza di una normativa espressa in materia, sulla ammissibilità di concludere questo tipo di accordi e sul possibile utilizzo dello

Note:

(2) Anche l'annullamento del matrimonio è uno dei modi con i quali si celebra e si risolve la crisi coniugale ed è proprio in relazione all'annullamento che la Cassazione ha affermato la piena validità di possibili intese preventive, v. Cass. 13 gennaio 1993, n. 348 in *Corr. Giur.*, 1993, pag. 822 con nota di Lombardi.

(3) L'ammissibilità di clausole sulla rottura del rapporto di fatto persiste pur dopo l'approvazione della Legge n. 76/2016 il cui art. 56 prescrive infatti che "Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione".

strumento del trust in funzione di patto c.d. prematrimoniale.

La questione centrale, sulla quale si intende porre l'attenzione, è l'individuazione del perimetro di liceità di detti accordi. In altri termini il tentativo è quello di definire all'interno di detto perimetro cosa sia lecito e giuridicamente possibile e dunque determinare l'entità e le modalità concrete di realizzazione dei diritti disponibili e di adempimento dei doveri disponibili che scaturiscono dal matrimonio. Come vedremo, attraverso la conclusione di detti accordi, non è consentito assumere l'obbligo a divorziare, o viceversa l'obbligo a non divorziare, né tanto meno negoziare sui figli minori e/o sui figli maggiorenni non autosufficienti o rinunciare *in toto* agli alimenti.

Avendo riguardo a dottrina e giurisprudenza sul tema si approda, infatti, ad esiti differenti.

Secondo autorevole dottrina (4) una risposta affermativa al riconoscimento per una coppia di nubendi della possibilità di accordarsi in vista di un'eventuale crisi, trova conforto proprio nell'assenza di ostacoli espressi in seno alla legislazione vigente, nonché in alcune riflessioni di carattere storico - sociologico e comparatistico.

Nota:

(4) V. G. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, testo della Relazione presentata al Convegno organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Torino e dall'Associazione Il trust in Italia, Torino 24 gennaio 2004, studio disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, testo della Relazione presentata all'incontro organizzato dal CSM a Roma 26-28 gennaio 2004, studio disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id., *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, Relazione presentata al Convegno "Donazioni e successioni nell'evoluzione civilistica e fiscale. Tutela dei legittimari e circolazione e dei beni. Assetti patrimoniali e pianificazione fiscale", Milano, 3 e 4 ottobre 2006 e Roma 20 e 21 novembre 2006, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; G. Oberto, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, Relazione presentata al Convegno del Comitato regionale notariale Toscana, 28 e 29 settembre 2007, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, 2011, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id., *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, 2012, nota a Cass. n. 23713/2012, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id., *Il trust familiare*, rielaborazione aggiornata al 20 novembre 2013 dell'articolo "Trust e autonomia negoziale nella famiglia", in *Famiglia e diritto*, 2004, pag. 201 ss., disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, 2016, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id. *La convivenza di fatto. I rapporti prematrimoniali ed il contratto di convivenza*, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; Id. *Lezioni sulla famiglia di fatto*, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; F. Saccaro, *Accordi prematrimoniali: i limiti previsti dall'ordinamento giuridico italiano*, art. 9 marzo 2015 disponibile sul sito www.altalex.com; Cfr. S.G. Simone, *Trust e situazioni patrimoniali tra coniugi*, Relazione svolta al Convegno di Molfetta del 27 novembre 2009, disponibile su *internet*.

■ Cenni storici

Già il diritto romano (5) conosceva ed ammetteva una svariata serie di patti che accompagnavano la

Note:

(5) Nella cultura romana, fino al periodo arcaico, il matrimonio comportava la sussunzione della donna, da cui si voleva una prole, sotto il potere del marito o del di lui *pater*. L'acquisizione della donna da parte del marito avveniva attraverso le stesse forme rituali caratteristiche dell'acquisto della proprietà, affinché l'uomo - o, qualora fosse ancora un *filius familiae*, il suo *pater familias* - potesse esercitare sulla donna un potere di assoggettamento, definito *manus*. Tali forme rituali erano: la *coemptio*, una forma di compravendita (*mancipatio*) con cui l'uomo, che intendeva generare prole, realizzava l'unione con la c.d. fattrice (così definita da V. Giuffrè, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli, 2010). Un'altra forma era la *confarreatio*, rito religioso con cui era la stessa donna a manifestare la volontà di assoggettarsi, condividendo una focaccia di farro, sacra a Giove, con il nubendo. Poi c'era l'*usus*, vero e proprio acquisto a titolo originario della *manus* decorso un anno di coabitazione. Come argomenta Giuffrè, la soggezione ai poteri relativi alla *manus* comportava per la donna una netta recisione dei legami, in particolare giuridici, con la famiglia d'origine. Da un lato il *pater familias* originario della donna perdeva i poteri di sottoporre la stessa a direttive, imposizioni ed a castighi, in favore del marito o del nuovo *pater familias*; dall'altro lato, la donna non poteva più vantare diritti successorii alla morte del padre. Con il mutamento delle condizioni economiche e sociali, si avvertì da parte della donna l'esigenza di conservare le proprie pretese ereditarie. Si evitò, pertanto, di far uscire la *mulier* dalla *patria potestas*, in modo che essa potesse partecipare alla successione *ab intestato* del padre, pertanto si escogitarono degli stratagemmi che consentissero alla stessa di prendere parte alla spartizione dei beni della famiglia d'origine. Si costituiva così il nuovo nucleo familiare evitando l'apposizione della *manus* da parte del marito. Come testimoniano Gaio e Quinto Mucio (vd. Gajus: *Insituzioni*, Commentari IV. Libreria Minerva, Verona (1857) con riferimento alle XII tavole, Gellio Aulo Gellio: *Noctes Atticae*. Cornelium Boutesteyn & Johannem Du Vivivé, Lugduni Batavorum (1706). Per mezzo di un'interruzione della coabitazione per tre notti consecutive all'anno anche solo per apparenza, si aggirò il termine dell'anno consecutivo di coabitazione richiesto dall'*usus* e si fecero divenire desuete le forme della *coemptio* e della *confarreatio*. L'*escamotage* divenne talmente diffuso da assurgere a prassi, tanto che la *fictio iuris* della fuga fu considerata superflua, essendo ormai pacifico che la coabitazione non comportasse usucapione della moglie. Da questo momento si definì una forma di *matrimonium sine manu*, in cui i poteri della *manus maritalis* non scomparivano, ma si attenuavano in una "potestà maritale", come conseguenza di una palese conquista di posizione della donna - almeno una volta divenuta *sui iuris* alla morte del *pater* - circa la possibilità di mantenere la propria coscienza e volontà (*suitas*), rendendo così rilevante anche la propria intenzione nella formazione della nuova *familia*. Si passa da un quadro rituale variegato, indegnamente imperniato su forme prese a prestito da altri riti religiosi o pratiche commerciali, funzionali all'ottenimento della donna come strumento per la procreazione, ad un atto di autonomia privata tipico e peculiare, fondato sulla manifestazione di volontà di entrambi, funzionale alla costituzione consensuale di una nuova unità domestica. Imprescindibile è dunque il consenso specifico. Come sostiene Ulpiano la volontà coniugale e non il fatto dello giacere insieme sostanzia il matrimonio (Ulpiano *Digestum vetus*, Henricus Clayn, Perugia (1476), *Digestum infortiatum*, Vito Puecher, Roma (1475) *Digestum novum*, Vito Puecher, Roma (1476). *Consensus* si traduce anche nelle connotazioni della *mens coeuntium* (l'animo concorde di chi sta insieme) e nell' *affectio maritalis* (affetto del marito), puntualizza Giuffrè. Si nota, dunque, un evidente spostamento dell'attenzione alla sfera sentimentale, precedentemente irrilevante, seppur da un punto di vista prevalentemente maschile, come suggerisce lo stesso dato letterale dell'aggettivo *maritalis*, sintomo della permanenza di una qualche forma di supremazia dell'uomo. A rendere solenni tali manifestazioni di volontà era un atto simbolico e plateale, il passaggio da parte

(segue)

costituzione della dote e che ne disciplinavano la restituzione in caso di divorzio. Con espressioni quali *Pactum conventum ante nuptias o post nuptias*, destinate a transitare, a distanza di secoli, pressoché inalterati nei sistemi di *common law*, si designavano proprio gli accordi preventivi (o successivi) alle nozze, contenenti la regolamentazione *ex ante* dei rapporti economici tra gli *ex coniugi soluto matrimonio*.

Pacta nuptialia di questo genere si rinvencono anche con una certa frequenza durante tutta l'evoluzione del diritto comune.

Interessante la fattispecie decisa dal Concistorum del Regno di Sicilia (1612) in applicazione alle consuetudini di Messina, ove per determinati tipi di matrimoni detti "alla latina" vigeva un regime di comunione universale legale. La sentenza confermava la validità della clausola che escludeva la comunione in caso di separazione. Qualcosa di molto simile si rinviene ancor oggi oltralpe con la c.d. clausola alsaziana. Con detta clausola le coppie che optano in Francia per il regime di comunione universale possono stabilire che, in caso di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi avrà diritto a vedersi restituito quanto apportato alla comunione.

■ Cenni comparatistici (6): gli accordi prematrimoniali nelle esperienze straniere

In Inghilterra i *prenuptial agreements* vengono stipulati dalle coppie prima del matrimonio per

Note:

(continua nota 5)

della donna oltre la soglia della casa del marito. Non era sufficiente che il consenso si manifestasse solamente alla conclusione del negozio giuridico, doveva altresì perseverare di fatto in ciascun momento della *conventio familiaris* ed essere esternato attraverso il reciproco trattamento in pubblico, tant'è che qualora fosse venuto meno, ciascuno dei coniugi sarebbe potuto andare per proprio conto (*divertere* da cui *divortium*). Qualunque possibile vizio della *voluntas perseverans* era oltretutto ripudiato e osteggiato dall'istituzione del divieto di donazioni tra coniugi, con l'obiettivo di evitare che eventuali divergenze tra moglie e marito fossero risolte con donazioni (divieto che permane fino al '42).

(6) In Inghilterra ed in Australia troviamo i *prenuptial agreements*. In Spagna troviamo il regime del castellano *Código civil de cataluña*, più precisamente *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, oppure il registro catalano del *Codi civil de Catalunya*. In Germania gli *Eheverträge* sono ammessi da dottrina e giurisprudenza. Per approfondimenti v. M.P. García Rubio, "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código civil", in ADC, 2003, pag. 1653 ss.; A. Fusaro, "La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio", in Landini-Palazzo (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*,

(segue)

regolare gli aspetti patrimoniali e non patrimoniali del matrimonio e della sua eventuale fase patologica (7).

In Australia i *prenuptial agreements* regolano i rapporti patrimoniali in costanza di matrimonio e quelli in *contemplation of divorce*. Tali accordi devono salvaguardare i soggetti deboli, garantire la formazione corretta del consenso, ed essere modificabili (8).

Negli Stati Uniti i *prenuptial agreements* sono ammessi e disciplinati da tempo (9). La materia non è federale, per cui difetta una legge uniforme e la disciplina è diversa da Stato a Stato. L'avvicinamento dei diritti è assecondato dallo *Uniform Premarital Agreement Act* che è stato adottato da molti Stati, ancorché con adattamenti, nonché dai *Principles of family Law on Dissolution* (10).

Note:

(continua nota 6)

Milano, I, 2018, pag. 7 ss.; A. Fusaro, "I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica", in Alpa-Capelli (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, pag., 53 ss.; S. Patti, "I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto", in Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, Torino, 2003, pag. 229 ss.; G. Oberto, "La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo", in *Dir. fam. e pers.*, 2008, pag. 367 ss..

(7) Gli autori citati alla precedente nota 6 precisano come in Gran Bretagna si sia assistito all'evoluzione del sistema britannico; per vari decenni, infatti, gli accordi prematrimoniali sono stati visti con sospetto oltre Manica più che per un preconcetto sfavore, per il ruolo assolutamente predominante che quei sistemi attribuiscono al giudice a sua volta vincolato ai principi cogenti posti a tutela di interessi considerati di rilevanza generale. In effetti la casistica giurisprudenziale inglese nel corso di tutto il Novecento conferma il dato deducibile a livello legislativo che in linea generale sino a non molto tempo fa per il sistema britannico i *prenuptial agreements* erano privi di efficacia. La rivoluzione copernicana è stata operata nel 2009 *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, in cui la Corte d'appello ha letteralmente demolito ogni limite al riconoscimento anche nel Regno Unito degli *antenuptial contracts*. La coppia in oggetto era formata da un cittadino francese e da una cittadina tedesca e il contratto prematrimoniale era stato stipulato innanzi ad un notaio tedesco in lingua tedesca in Germania; la validità qui viene argomentata sul fatto che se la questione fosse stata affrontata da un giudice tedesco o da un giudice francese essa sarebbe sicuramente stata risolta in modo positivo. La Corte enuncia solennemente la regola della piena efficacia degli accordi sia *pre* che *post nuptial agreements* riservandosi un margine in caso di possibile iniquità dell'accordo dovuta a stato di bisogno (*needs*) iniquità (*compensation*) o condivisione (*sharing*).

(8) In Australia il tema degli accordi preventivi è affrontato e positivamente risolto dalla legislazione da molto tempo (dal 1984 nel Galles del sud) con riguardo alla posizione dei conviventi *more uxorio*, in tempi più recenti con l'introduzione per via legislativa dell'ammissibilità della stipula di *prenuptial agreements* anche conclusi in *contemplation of divorce*, per effetto della riforma di cui al *Family law amendment Act 2000* in vigore in Australia dal 1° gennaio 2001.

(9) Dal punto di vista comparatistico è sin troppo noto il successo che negli USA riscuotono ormai da svariati anni i *prenuptial agreements* in *contemplation of divorce*, al termine di un'evoluzione storica sicuramente non esente da contraddizioni, nella quale ha giocato un ruolo determinante il passaggio dal sistema dello scioglimento del matrimonio basato fondamentalmente sulla colpa alla regola del *no fault divorce*.

(10) Pubblicati nel 2002 dall'*American Law Institute*.

In Germania gli accordi prematrimoniali sono ammessi da dottrina e giurisprudenza. In sede di stipula degli *Eheverträge* i coniugi possono decidere in merito all'assegno divorzile, rinunciare alla liquidazione delle aspettative pensionistiche e variare l'importo del mantenimento se sono intervenute variazioni economiche (11).

In Catalogna (Spagna) il *Codigo civil de Catalunya* prevede la possibilità di stipulare patti in previsione della futura ed eventuale rottura del matrimonio (12).

Note:

(11) In Germania la giurisprudenza, sulla scorta di una radicata tradizione storica, ha da sempre avallato la costante pratica dei coniugi (a mezzo dei notai) in sede di stipula di *Eheverträge* di predeterminare gli effetti di un possibile divorzio tra le parti (dettando i criteri di determinazione dell'assegno, o rinunciandovi *in toto*, o escludendo una istanza di modifica giudiziale della prestazione di mantenimento per effetto di variazioni successive della situazione economica delle parti). In Austria i contratti di matrimonio e gli accordi sull'assegno divorzile ovvero sugli obblighi di mantenimento in caso di divorzio non debbono essere necessariamente stipulati in sede di procedura di scioglimento dell'unione ma ben possono essere conclusi anche prima della celebrazione delle nozze.

(12) Per approfondimenti M.P. García Rubio, "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código civil", in *ADC*, 2003, pag. 1653 ss.. In Catalogna il *Codigo civil de Catalunya* espressamente contempla gli accordi della crisi come accordi con cui prevedere un determinato assetto per il caso di rottura dei rapporti. Cfr. V. Barba, "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", in *Dir. succ. fam.*, 2020, pag. 443 ss.; l'Autore, auspicando una riforma del diritto patrimoniale della famiglia che ammetta la validità degli accordi prematrimoniali, propone un modello legislativo di accordi prematrimoniali prendendo a modello la disciplina recata dagli artt. 231-20 del *libro segundo del Código civil de Catalunya* il quale dispone che i patti in vista della crisi matrimoniale posano essere stipulati sia prima del matrimonio, sia dopo la celebrazione del matrimonio, con la precisazione che nell'ipotesi in cui siano stipulati anteriormente alla celebrazione del matrimonio, si richiede che la stipulazione sia anteriore di almeno 30 gg. rispetto al giorno della celebrazione del matrimonio. Questo lasso di tempo serve ad evitare che il consenso di uno dei due coniugi possa considerarsi frutto di una decisione affrettata, o poco meditata, o, addirittura, conseguita come c.d. prova di amore. La disciplina catalana prevede, altresì, che se il matrimonio non venga celebrato entro un anno dalla stipulazione del patto prematrimoniale o venga celebrato dopo tale tempo, il patto si considera inefficace. Se infatti è auspicabile che un patto non sia concluso a ridosso della celebrazione di un matrimonio è anche indispensabile che il matrimonio venga celebrato e che, in ogni caso, non intercorra un lasso di tempo eccessivamente lungo. La forma che viene richiesta per la validità di questo patto è quella notarile (analogamente a quanto accade in altri Paesi come la Germania, i Paesi Bassi, e la Francia e diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti giuridici come l'Inghilterra, la Scozia l'Irlanda, o l'Austria che non impongono requisiti di forma specifici o l'Australia e la Nuova Zelanda che richiedono la sola forma scritta e non l'atto pubblico). La disciplina catalana pone l'accento sulla esigenza di chiarezza, stabilendo che sia precisato con semplicità il contenuto dei diritti che le parti intendono limitare o al quale intendono rinunciare. In questo senso il patto non potrebbe limitarsi a fare generico rinvio alla disciplina codicistica, o a escludere l'applicazione di una o altra norma, meramente richiamata attraverso uno o altro articolo di legge, ma dovrebbe regolare in modo preciso la disciplina applicabile, nel rispetto della volontà delle parti e, ovviamente, nel rispetto dei limiti di legge.

In Francia (13) il sistema appare piuttosto chiuso alla possibilità di predeterminare, tramite accordi conclusi in via preventiva, l'*an* ed il *quantum* di prestazioni *post* divorzili. In Francia l'art. 232 del *Code civil* consente invece al giudice di negare l'omologazione di un accordo nel caso in cui esso non salvaguardi in maniera sufficiente gli interessi di uno dei coniugi. Quello stesso ordinamento, peraltro, permette ai coniugi un'ampia gamma di intese, sul versante dei regimi patrimoniali, tramite le quali si possono tra l'altro gestire i rapporti di comunione legale in contemplazione di un possibile divorzio. È loro consentito, infatti, inserire clausole che vanno dalla attribuzione (sia a titolo gratuito che oneroso) di beni personali di un coniuge al coniuge superstite, fino all'assegnazione, all'atto dello scioglimento, di beni comuni previo pagamento di una somma di denaro predeterminata, nonché introdurre la c.d. clausola alsaziana, per la quale si rinvia a quanto detto nel precedente paragrafo.

Venendo al significato che i sopra evidenziati elementi comparativi potrebbero assumere per l'esperienza italiana, va tenuto conto del fatto che, se si eccettua la citata disposizione catalana, nessuno degli ordinamenti continentali nei quali si ammette la validità di intese preventive sulle conseguenze della crisi coniugale contiene disposizioni *ad hoc*, mentre la conclusione favorevole viene desunta da regole non dissimili dalle nostre con particolare riguardo al principio della libertà negoziale.

L'impatto dei nostri principi su accordi quali quelli qui in esame è, comunque, destinato ad aumentare in considerazione dell'incremento dei matrimoni con cittadini stranieri, nonché del principio introdotto dall'art. 30 Legge n. 218/1995 secondo cui i coniugi possono, a mezzo convenzione scritta, derogare al criterio fissato per l'individuazione della disciplina applicabile ai rapporti personali.

Tutto ciò significa che i contratti prematrimoniali catalani, austriaci, tedeschi o inglesi ben potranno essere eseguiti in Italia, non comportando il profilo

dell'ordine pubblico internazionale alcun tipo di ostacolo.

Si aggiunga poi che il regolamento in tema di legge applicabile alle cause transnazionali di separazione e divorzio (c.d. Roma III) prevede l'attribuzione di un ruolo senza precedenti all'accordo delle parti; un accordo la cui limitazione temporale è individuata al più tardi al momento in cui è adita l'Autorità giurisdizionale.

Si osserva che la mancata fissazione di un *dies a quo* per il raggiungimento di una siffatta intesa autorizza a ritenere che tali accordi possano essere stipulati già al momento della celebrazione delle nozze, ovvero *at any time*.

Merita inoltre ricordare il superamento verificatosi da tempo, anche nel nostro Paese, del principio del "divorzio per colpa" con conseguente perdita di ogni rilievo di un'eventuale responsabilità del naufragio dell'unione. Il concetto della colpa si accompagnava alla corale affermazione del carattere eminentemente, se non esclusivamente, assistenziale dell'assegno di divorzio.

Una volta spezzata ogni forma di collegamento tra colpa e conseguenze economiche della crisi coniugale, può dirsi che anche da noi, come negli States, non è più consentito negare rilievo ad un'intesa preventiva per il solo timore che questa potrebbe consentire ad un coniuge di trascurare le sue *marital obligations* o di *buy himself out of the marriage*.

A ciò si aggiunga un uso dello strumento della convenzione matrimoniale *in contemplation of divorce*.

Il vertiginoso aumento delle coppie che optano per il regime della separazione dei beni è sotto gli occhi di tutti. Quest'ultimo fenomeno trova una sua spiegazione nella crescente consapevolezza, da parte di vasti strati della popolazione, del serio rischio che corre oggi la famiglia italiana di andare incontro ad una crisi e del connesso timore di dovere venire un giorno a fare i conti con i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime della comunione legale.

■ Evoluzione storico-sociologica del matrimonio

Il Codice del 1865 e quello successivo del 1942 davano esclusivo riconoscimento alla famiglia fondata sul matrimonio che rispecchiava il noto ideale della "forte famiglia nel forte Stato".

La morale cattolica ben si sposava con il concetto di famiglia suddetto, tanto che l'intreccio delle correnti di origine francese e di influenza cattolica faceva sì che

Nota:

(13) In Francia il *Code civil* ha permesso la stipula di convenzioni durante il matrimonio con le quali derogare alla divisione paritaria dei beni. La riforma introdotta con la Legge 26 maggio 2004, n. 2004 - 439, entrata in vigore il 1° gennaio 2005 ha autorizzato i coniugi a concludere convenzioni per regolamentare tutti gli aspetti del divorzio (a prescindere dalla causa che l'ha determinato). Anche in questo caso, tuttavia, l'intesa deve essere negoziata solo al momento dell'istanza di divorzio e deve essere sottoposta al vaglio del giudice. La libertà non è, dunque, assoluta e gli accordi preventivi rimangono comunque nulli.

la famiglia fosse recepita come concetto di famiglia-istituzione per la quale la famiglia aveva finalità a carattere pubblicistico ed era da intendersi come espressione di un valore tanto assoluto da trascendere i suoi stessi membri (14).

In questa ottica l'interesse dell'individuo davanti all'istituzione famiglia e all'istituzione Stato doveva, se necessario, essere sacrificato e quindi la famiglia di fatto sacrificata, come fenomeno sociologico, sull'altare della famiglia-istituzione di natura pubblicistica (15).

Note:

(14) Il riconoscimento dato al matrimonio legittimo era tale da escludere qualunque altra considerazione verso situazioni diverse e la discriminazione di trattamento colpiva anche l'aspetto della filiazione. La posizione dei figli nati fuori dal matrimonio era infatti peggiore rispetto a quella della filiazione legittima. Sebbene con il Codice del 1942 la situazione (anche se pur lievemente migliorata rispetto al Codice del 1865) era ancora questa, l'emanazione della Costituzione del 1948 introdusse numerosi principi e rimedi di giustizia sociale verso l'equiparazione della filiazione legittima con quella naturale. Ma detti progressi avrebbero riguardato (e per molto tempo) solo gli aspetti della filiazione lasciando senza alcuna tutela la famiglia di fatto come formazione sociale nonostante questa andasse sempre più affermandosi. Anzi con l'art. 29 la Costituzione riaffermò chiaramente il *favor matrimonii* (art. 29 Cost. "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare".) D'altra parte, riprendendo quanto già accennato poco prima, le strette connessioni tra Stato e Chiesa - celebrate con la firma dei Patti Lateranensi del '29 - non potevano che portare alle conclusioni già esposte di un mancato riconoscimento della convivenza *more uxorio* che, ancora dalla dottrina degli anni '60, veniva definita come "concubinato" così A. De Cupis "Il Concubinato nel diritto privato", in *Foro Pad.* n. 11/1961, pag. 196.

(15) Cfr. M. Palazzo, "I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", in *Giustizia civile*, 2017, pag. 93 ss., parla di stagione della famiglia monoredito, con rigida divisione dei ruoli di genere (alla moglie quello di contribuire al successo sociale del marito stando a casa ed allevando i figli) e di una precisa connotazione ideologica storicamente determinata (concezione organica e pubblicistica della famiglia) che è poi quella che ha accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali e la codificazione del diritto civile nella seconda metà del diciannovesimo secolo e nella prima metà del ventesimo. L'autore osserva come sono trascorsi oltre cento anni da quando nel 1914 il maestro A. Cicu, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, vigente il Codice civile Pisanelli del 1865, tracciava una concezione dell'istituto della famiglia, specularmente alla realtà sociale di quella fase storica, come struttura organica a carattere pubblicistico, fondata sul primato dell'interesse familiare su quello individuale. La vicenda storica che copre il secolo, osserva l'autore, si snoda attraverso alcuni passaggi significativi dominati da due fondamentali valori ordinanti: la privatizzazione del rapporto di coppia e la primazia dell'interesse dei figli, tutti parificati nel trattamento. Nel corso della *post modernità* novecentesca sono intervenuti, infatti, macroscopici mutamenti nel contesto sociale ed economico, nei valori, nelle ideologie, nell'etica, nel costume, nella concezione della famiglia e dei rapporti familiari. A livello normativo è sufficiente ricordare i principi accolti nella Costituzione che ponevano le basi per un radicale sovvertimento della concezione "istituzionale" della famiglia, ora fondata sui principi di uguaglianza e parità dei coniugi (artt. 3 e 29 Cost.) garantendo la posizione del singolo in seno alla comunità familiare, con la salvaguardia dei diritti fondamentali, anche all'interno delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.). L'accentuata

(segue)

In questo contesto (necessariamente tratteggiato a grandissime linee, in termini assolutamente sintetici e non completi), campeggiava la contrapposizione tra il tradizionale modello costituito dalla rigida organizzazione familiare (patriarcale) delineata nel Codice civile del 1942 (e caratterizzato altresì dalla indissolubilità matrimoniale) e il dato costituzionale del 1948 che rappresentava l'assetto fondamentale (valoriale) su cui poi si sarebbe sviluppata la prima grande riforma del diritto di famiglia del 1975 (intervenuta con la Legge 19 maggio 1975, n. 151), peraltro preceduta dall'introduzione del divorzio (ai sensi della Legge 1° dicembre 1970, n. 898, relativa alla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio).

Per i tempi più recenti giova evidenziare la disciplina della crisi della famiglia (vd. gli artt. 155-bis-155-sexies c.c., introdotti dalla Legge 8 febbraio 2006, n. 54, contenente disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), la complessiva disciplina di riforma (e riordino) della filiazione (contenuta nella Legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, con il connesso D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione) e la collocazione all'interno della disciplina codicistica delle disposizioni relative all'assetto derivante dalla intervenuta patologia familiare (di cui al nuovo capo II del titolo IX, libro I, dedicato, con gli artt. 337-bis 337-octies c.c., all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio civile ovvero all'esito di

Note:

(continua nota 15)

attenzione per la tutela del singolo e conseguentemente l'apertura all'autonomia privata all'interno del diritto di famiglia trova i suoi ulteriori sviluppi a livello di legislazione ordinaria attraverso l'introduzione del divorzio nel 1970 che segna la caduta del principio di indissolubilità del matrimonio ed apre la via ad un processo di privatizzazione del diritto di famiglia. L'evoluzione normativa continua nel 1975 (Legge n. 151) con l'affermazione del principio di uguaglianza tra coniugi che pone a fondamento del matrimonio il loro reciproco perdurante consenso. La Legge n. 54/2006 c.d. dell'affidamento condiviso fissa il principio del diritto-dovere alla bigenitorialità ed individua coerentemente negli accordi intervenuti tra i genitori la soluzione più congrua anche per le scelte relative all'affidamento e al mantenimento dei figli (art. 337-ter c.c. commi 2 e 4. Ed ancora la legge sulla parificazione di tutti i figli (Legge n. 219/2012) ed il successivo decreto di attuazione (D.Lgs. n. 154/2013) che rappresentano una riforma profonda e comparabile alla generale riscrittura di questa parte del libro primo del Codice civile (Legge n. 151/1975) dopo l'epocale mutamento della cultura giuridica italiana intervenuto a seguito dell'introduzione del divorzio (Legge n. 898/1970).

procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio).

Queste tappe legislative, sinteticamente tratteggiate, riflettono chiaramente una vicenda sociale segnata dal passaggio da un rapporto coniugale di tipo autoritario ad uno fondato sull'eguaglianza e sull'accordo, dalla indissolubilità alla dissolubilità del matrimonio con un semplice atto amministrativo; dalla discriminazione dei figli alla loro parificazione, dal disfavore delle convivenze *more uxorio* alla tutela delle convivenze tra persone di sesso diverso o anche dello stesso sesso sino al riconoscimento legislativo ad opera della Legge 20 maggio 2016, n. 76 (entrata in vigore il 5 giugno 2016 c.d. Legge Cirinnà).

La Famiglia infatti ha subito, dall'Unità d'Italia ad oggi, radicali cambiamenti con il passaggio da un modello unico di famiglia basata su di un *pater familias* che lavorava e sosteneva economicamente moglie e figli (in un contesto socio-culturale che relegava la moglie al ruolo di madre e moglie, con l'esclusivo compito di rimanere entro le mura domestiche, così svolgendo il suo ruolo di contribuire al successo lavorativo e sociale del marito) ad un modello che vede entrambi i coniugi impegnati in lavori *extra* domestici.

Un'altra profonda trasformazione che ha caratterizzato la famiglia riguarda la instabilità della coppia e la molteplicità di nuclei familiari successivi che un soggetto costruisce nell'ambito della propria vita.

La presa d'atto della instabilità del vincolo e della creazione di altri nuclei familiari successivi è testimoniata a livello normativo dalla riduzione dei tempi per il divorzio (6 mesi in caso di separazione personale ed 1 anno in caso di separazione giudiziale) introdotta dalla Legge 6 maggio 2015, n. 55.

Ma anche le disposizioni di negoziazione assistita e divorzio davanti al Sindaco, contenute nella Legge n. 164 del 6 novembre 2014, sanciscono con ogni evidenza il trionfo dell'autonomia negoziale e della autodecisione nella crisi del matrimonio. Detta legge ha riconosciuto ai coniugi il diritto di separarsi, divorziare e modificare le condizioni di separazione e divorzio, presentandosi davanti al Sindaco in veste di ufficiale dello Stato civile (art. 12). Detta innovazione ha trasformato un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale in diritto potestativo sostanziale, che può essere esercitato fuori dal processo in sede amministrativa.

Anche la già richiamata Legge c.d. Cirinnà (n. 76/2016 sulle unioni civili ed i contratti di convivenza) ha riconosciuto una pluralità di modelli familiari, tutti giuridicamente plausibili. In questo quadro appare più

congruo parlare di famiglie al plurale, per indicare le molteplici espressioni nelle quali la comunità familiare può presentarsi.

Le citate riforme legislative manifestano una chiara tendenza verso la privatizzazione e degiurisdizionalizzazione delle questioni familiari in linea con lo spirito dei tempi e la coscienza sociale che vedono oggi nel matrimonio e nella sua cessazione un "affare privato". Il tutto in attuazione dell'art. 29 della Cost. che, attraverso il riferimento alla famiglia come società naturale, segna un limite alla stessa potestà normativa (e anche giurisdizionale) dello Stato.

È una profonda metamorfosi quella di consegnare ai coniugi (anche a mezzo e con l'ausilio dei loro consulenti) la gestione della crisi familiare (si pensi allo strumento tecnico degli accordi negoziati fuori dal Tribunale); ma non è affatto certo che dottrina e giurisprudenza siano pronte a recepire il mutato assetto valoriale di cui sono espressione le nuove norme legislative (16).

In definitiva, molte innovazioni sono intervenute e altre ancora sono auspicabili: ciò non deve sorprendere perché il diritto di famiglia è uno specchio della realtà sociale. Le difficoltà non stanno tanto nelle idee nuove, ma nell'evadere dalle vecchie che si riunificano e si ramificano in tutti gli angoli della mente.

Nota:

(16) Su questo tema v. V. Barba, *Patti in previsione della crisi familiare* (supra, nota 12), pag. 407 ss., il quale osserva come i patti in previsione di una rottura familiare non erano concepibili e forse contrari alla stessa filosofia che ispirava il Codice civile del 1942 che considerava la famiglia una istituzione governata dalle coordinate della matrimonialità, eterosessualità e bilateralità, più vicina alla nozione di famiglia di diritto canonico. L'Autore osserva come questa idea di famiglia non corrisponda più al modello legislativo, né, soprattutto, alla coscienza sociale che ha visto tramontare il dogma della matrimonialità attraverso il riconoscimento della c.d. famiglia di fatto, nonché il dogma della indissolubilità attraverso l'approvazione, in esito a referendum, della Legge 1° dicembre 1970, n. 898 sullo scioglimento del matrimonio (tema oggetto di un recente e continuo processo di riforma del quale si rammentano la Legge 10 novembre 2014, n. 163 e la Legge 6 maggio 2015, n. 55 che segnano una importante semplificazione e una parziale degiurisdizionalizzazione). Anche il dogma della eterosessualità è da considerarsi superato dapprima con il riconoscimento della coppia di fatto omosessuale, anche grazie all'intervento delle Corti Europee e da ultimo con l'approvazione della legge sulle unioni civili. Permane il dogma della bilateralità sebbene istanze provenienti da altri Paesi inducano a ripensare alla sua tenuta. L'ordinamento italiano deve misurarsi, osserva l'Autore, "apprestando adeguate tutele, con il fenomeno delle famiglie poligamiche, si pensi agli stranieri residenti in Italia ma anche essere in grado di gestire il fenomeno delle famiglie ricomposte e delle più recenti ipotesi di famiglie poli-amorose". Occorre verificare, suggerisce l'Autore, "quali siano gli spazi che l'autonomia privata a contenuto patrimoniale abbia già conquistato nella crisi della famiglia, quale ruolo complessivo la contemporaneità intende assegnarle, con la consapevolezza che da questo dato dipendono conseguenze importanti in tutti quei casi, sempre più numerosi, in cui i regimi patrimoniali siano retti da una disciplina straniera".

■ Accordi prematrimoniali: la proposta di Legge n. 244 del 23 marzo 2018 - Modifiche al c.c. e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali (17)

La proposta di introdurre nel nostro ordinamento l'istituto degli accordi prematrimoniali muove da una considerazione su tutte: ovvero il riconoscimento dell'ampia autonomia attribuita ai coniugi dalla norma di cui all'art. 162, terzo comma, c.c. nel regolamentare convenzionalmente il loro regime patrimoniale. La norma appena citata prevede per i coniugi la possibilità di stipulare convenzioni matrimoniali aventi contenuto patrimoniale "in ogni tempo" e dunque anche prima del matrimonio, evidentemente sottoposte alla condizione della stipula dello stesso matrimonio (18).

Note:

(17) La precedente proposta di Legge n. 2669/2014 venne presentata sulla scia del Regolamento dell'Unione Europea 1259/2010, che prevedeva la possibilità per i coniugi di stabilire, previo accordo, la legge da applicare in caso di separazione o divorzio, per garantire la certezza del diritto e scongiurare future controversie giudiziali; nonché sull'onda della Legge "Cirinnà" n. 76/2016 che, introducendo i contratti di convivenza, riconosceva e valorizzava l'autonomia privata della coppia. La proposta di Legge Morani - D'Alessandro, il cui esame è iniziato il 23 febbraio 2017, prevede l'introduzione dell'art. 162-bis c.c. che riconosce ai futuri coniugi la facoltà di ricorrere alle convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c.) o alla negoziazione, al fine di stipulare accordi prematrimoniali tesi a disciplinare l'eventuale separazione o divorzio. L'accordo prematrimoniale può prevedere l'attribuzione a uno dei coniugi di una somma periodica o di una *tantum*; un diritto reale su uno o più immobili, con l'impegno di destinarne i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o dei figli fino a quando costoro non raggiungano una loro indipendenza economica. In quest'ultimo caso gli accordi devono essere autorizzati dal procuratore del Tribunale competente, che può chiedere solo una volta la riformulazione degli accordi nell'interesse dei figli; la rinuncia al mantenimento (ma non agli alimenti) da parte del futuro coniuge; il trasferimento al coniuge o a terzi di diritti o beni da destinare al mantenimento e alla cura di figli disabili fino a quando permane lo stato di bisogno, la disabilità o per tutta la vita; la previsione di un criterio di adeguamento automatico delle attribuzioni patrimoniali; la regolamentazione di quanto ricevuto dai coniugi per successione, salvi i diritti dei legittimari.

(18) L'art. 162 terzo comma c.c. è stato sinora interpretato restrittivamente, finendo per ridurre e tipizzare i regimi patrimoniali fra i coniugi sostanzialmente a quelli espressamente previsti dalla legge, ovvero sia la comunione e la separazione dei beni. Nell'introdurre la facoltà dei coniugi di stipulare accordi prematrimoniali volti a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, si segna anche l'ambito di validità di tali accordi e quindi l'autonomia negoziale dei coniugi che si arena qualora contrasti con l'interesse del minore, tant'è che gli accordi prematrimoniali che riguardino figli minori o economicamente non autosufficienti devono essere autorizzati dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, (come già prevede l'art. 6, comma 2, del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla Legge 10 novembre 2014, n. 162). Qualora il procuratore della Repubblica ritenga che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, ne indica i motivi e invita le parti a un'eventuale riformulazione. Qualora non ritenga autorizzabile neppure la versione eventualmente riformulata nega definitivamente l'autorizzazione.

Detta proposta di legge si ispira agli esiti dell'elaborazione giurisprudenziale che ha contenuto l'autonomia negoziale dei coniugi nell'ambito dei loro rapporti patrimoniali ed economici, bandendo da simili accordi patti che contrastino con l'interesse dei figli minori o non autosufficienti economicamente, (ciò che è riservato al controllo pubblico, con la necessità dell'autorizzazione da parte del procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, ai sensi dell'art. 6, secondo comma, del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, nella Legge n. 162 del 10 novembre 2014, che può intervenire chiedendo una riformulazione finanche a negare l'autorizzazione qualora, a suo insindacabile giudizio, permanga il contrasto dei patti con l'interesse dei figli).

Merita anche sottolineare come nella proposta di Legge n. 244/2018 in materia di successioni si preveda la possibilità di stipulare patti sulle successioni future, attualmente vietati *ex art.* 458. A tal riguardo si prevede che "in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in materia di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche norme per la successione di uno o di entrambi i coniugi, fatti salvi i diritti degli altri legittimari". Disposizione quest'ultima di valenza epocale considerata la primazia che il nostro ordinamento riserva al coniuge in ambito successorio e che, di certo, ben si colloca nell'orbita di un ambizioso progetto di destrutturazione della disciplina dedicata alla famiglia.

■ L'indisponibilità dello status coniugale

Le ragioni alla base della limitata autonomia negoziale in materia familiare sono state fatte proprie dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza, chiamata a valutare l'eventuale ammissibilità degli accordi prematrimoniali. Con tale espressione si fa riferimento, lo si ripete, a fattispecie contrattuali che i futuri coniugi pongono in essere prima della celebrazione del matrimonio per regolare gli aspetti di carattere strettamente patrimoniale della propria sfera giuridica in vista dell'eventuale cessazione del rapporto matrimoniale.

Si tratta di una prassi, come già riferito, ormai riconosciuta in altri ordinamenti (soprattutto di *common law*), sulla quale tuttavia il legislatore nazionale non ha mai assunto una presa di posizione diretta. Di conseguenza, la soluzione relativa alla loro ammissibilità è rimessa all'elaborazione pretoria, che si è assestata prevalentemente sull'affermazione dell'invalidità di siffatte fattispecie negoziali, valorizzando il dettato

codicistico e la *ratio* complessiva del sistema giuridico familiare.

Si è ritenuto, infatti, che nell'ambito del rapporto di coniugio viga il divieto per le parti di eludere lo spirito normativo che permea l'intero microcosmo familiare: la solidarietà tra i consorti. Secondo questa impostazione i diritti e i doveri di cui all'art. 160 c.c., derivanti per legge dal matrimonio, acquisiscono una valenza pubblicistica sottratta alla libera negoziabilità delle parti. Di conseguenza, i coniugi sono tenuti a fare proprie e rispettare le posizioni giuridiche acquisite, poste obbligatoriamente a tutela della sacralità matrimoniale.

Quest'ultima riveste un'importanza tale da assumere rilievo anche nell'ipotesi di dissolvimento del *vinculum coniugalis*. In quest'ottica, nel rispetto della matrice pubblicistica dello *status* coniugale, gli accordi di separazione - che i coniugi sono autorizzati a sottoscrivere in sede di separazione consensuale ex art. 158 c.c. - sono sottoposti alla necessaria omologazione del Tribunale che ne valuta la rispondenza ad interessi meritevoli di tutela giuridica, *sub specie* di migliore interesse della prole.

La stessa libera negoziabilità circa la corresponsione *una tantum* dell'assegno divorzile, riconosciuta dall'art. 5 della legge sul divorzio (Legge n. 878/1970), viene limitata dalla necessaria valutazione giudiziale circa l'equità della soluzione proposta dalla coppia ormai prossima allo scioglimento definitivo.

In tale prospettiva l'accordo preventivo tra le parti si configura come una "transazione non su meri profili patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma sullo stesso *status*, atteso che i vantaggi patrimoniali riconosciuti ed accettati assolvono sostanzialmente la funzione di prezzo del consenso al divorzio" (19).

Se da una parte l'ordinamento sancisce la generale capacità contrattuale dei consociati, dall'altro tale autonomia non può che essere esercitata entro i limiti dettati dall'ordine pubblico, tra i quali si collocano i vincoli derivanti dal matrimonio. Nel dettaglio, i diritti e i doveri scaturenti dallo *status coniugalis* sono indisponibili e, pertanto, non possono costituire oggetto di libera negoziabilità tra i soggetti. Tale sarebbe la conseguenza di un accordo concluso in previsione dell'eventuale dissoluzione matrimoniale. I coniugi, infatti, si troverebbero a regolare i reciproci

rapporti patrimoniali successivi alla crisi, contrattualizzando di fatto uno *status* di cui non possono disporre, perché posto a garanzia dell'interesse superiore della famiglia, alla cui composizione o cessazione i consorti devono determinarsi liberamente. Prevedere in anticipo prestazioni e controprestazioni che trovano fondamento nella crisi del matrimonio significherebbe, secondo questo orientamento, influenzare indebitamente la capacità volitiva del coniuge in merito alla decisione di porre fine al rapporto familiare. Il consenso al divorzio o alla separazione sarebbe, sempre secondo detto filone, certamente condizionato dal regolamento di interessi concluso *ex ante*.

È stato opportunamente rilevato (20) come dette decisioni sollevino notevoli perplessità in quanto espressione di una visione del diritto della crisi coniugale collocato "accanto" al diritto privato generale piuttosto che all'interno dello stesso, per di più confinato in una zona grigia coabitata dal diritto pubblico e da un diritto processuale che molto spazio lascia ai profili autoritativi del giudice, evidenziando, in definitiva una concezione della crisi matrimoniale ancora fortemente marcata da profili pubblicistici, insiti nella precedente concezione istituzionale della famiglia (21).

Tale orientamento, infatti, crea una precisa corrispondenza tra la volontà di sposarsi (di cui l'ordinamento garantisce la libertà) e la volontà di sciogliere il vincolo matrimoniale (che ugualmente non può essere sorretta da una scelta opportunistica, né può costituire una controprestazione all'adempimento dell'altrui posta monetaria).

Secondo la posizione esegetica prevalente, sopra descritta, il contratto in vista della cessazione del matrimonio è giuridicamente nullo, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c., in quanto è caratterizzato da una causa illecita e da un oggetto impossibile: la negoziazione dello *status* matrimoniale, che ha carattere indisponibile.

Note:

(20) Così M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio* (*supra*, nota 15), pag. 110, nota 46.

(21) Così si esprime M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio* (*supra*, nota 15), pagg. 96-97. L'autore rileva come "... malgrado i notevoli cambiamenti intervenuti nella realtà storica, sociale e normativa, si registri una persistente irragionevole ritrosia della giurisprudenza di legittimità ad ammettere la validità dei contratti stipulati in vista del divorzio, manifestando residue incrostazioni di carattere pubblicistico che - nel timore di sopraffazione a danno del coniuge c.d. economicamente più debole - comprimono ingiustificatamente il libero esplicarsi dell'autonomia privata e, per altro verso, pongono pesanti limiti formali alla capacità di autodeterminazione".

Nota:

(19) Così Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. Giur.*, 1992, pag. 863.

■ Il potere di autonomia nella gestione della crisi

Se si volge l'attenzione, seppur con sforzo di sintesi, al momento della crisi del rapporto coniugale, può rilevarsi (22) come sia indiscutibile che i coniugi abbiano acquisito man mano un sempre più significativo potere di autonomia nella gestione della crisi familiare. Basti a riguardo citare l'art. 5, comma 8 della legge sul divorzio, nella parte in cui prevede che i coniugi possano accordarsi affinché l'obbligo di mantenimento venga assolto in unica soluzione, ed ancora i casi nei quali la regolamentazione dei loro rapporti personali e patrimoniali è sostanzialmente affidata alla loro decisione e solo sottoposta a un controllo da parte dell'Autorità giudiziaria. Le norme di riferimento sono contenute agli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c., i quali prevedono che i coniugi possano regolare in via negoziale i loro rapporti con eventuali figli e che tale accordo debba essere omologato da parte del Tribunale.

Qui il procedimento è scandito in due momenti: il primo che si consuma tra i coniugi, al cui esito costoro siglano un accordo volto a regolare in modo complessivo i loro rapporti; il secondo nel quale interviene l'organo giurisdizionale con la funzione di omologare detto accordo, in modo che esso possa avere effetto.

È stato rilevato (23) come la relazione tra questi due atti (accordo e provvedimento del giudice) non sia rimasta invariata nel tempo e che non può ignorarsi l'esistenza di un lento ma continuo processo volto a ridurre importanza al ruolo dell'omologa da parte del giudice. Traccia di questa evoluzione si rinviene nell'introduzione del secondo comma dell'art. 158 che consente una rilettura del primo comma ed ancor di più nell'innovazione, ad opera della già richiamata legge del 2014, della separazione in esito a procedimento di negoziazione assistita da uno o più avvocati (nella quale non è prevista alcuna forma sostanziale di controllo) o in esito a procedimento innanzi al Sindaco quale ufficiale di stato civile (24).

Note:

(22) Cfr. G. Di Mauro Cilardi, "Accordi prematrimoniali tra autonomia negoziale e solidarietà familiare", in *Giur. civ.*, 2018, pag. 8.

(23) Vd. V. Barba, *Patti in previsione della crisi familiare* (supra, nota 12), pag. 407 ss.; M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, (supra, nota 15), pag. 93 ss..

(24) Va ricordato che l'accordo di separazione innanzi al Sindaco quale ufficiale di Stato civile non può contenere patti aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari.

Si è passati da una concezione che attribuiva all'accordo il valore di mero presupposto ed all'omologa una funzione determinante e costitutiva (tale per cui il giudice non era neanche vincolato a conformarsi agli accordi raggiunti tra i coniugi) ad una concezione in cui l'omologa svolge una funzione di puro controllo di legalità, riconoscendo al giudice solo un potere di rifiuto eccezionale nel caso in cui siano coinvolti figli minori e l'accordo contrasti con gli interessi di questi ultimi (interessi, dunque, di soggetti estranei alla coppia).

In altri termini, l'omologazione del Tribunale in caso di separazione consensuale giudiziale, il controllo del Pubblico ministero in caso di separazione in esito a negoziazione assistita e, ancor di più, l'accordo di separazione davanti all'ufficiale di stato civile, dimostrano la centralità del potere di autonomia dei coniugi e la sua idoneità a regolare tutti i loro rapporti.

■ Contenuto "essenziale" e contenuto "eventuale" dell'accordo di separazione. Validità dei patti a latere

Anche la giurisprudenza, sin dalla pronuncia della Cass. n. 4277/1978 (25), sotto altro profilo ha distinto tra contenuto essenziale e contenuto eventuale della separazione.

Il contenuto c.d. essenziale atterrebbe alla volontà di vivere separati, all'affidamento dei figli e all'assegno di mantenimento.

Il contenuto c.d. eventuale sarebbe attinente a tutte quelle pattuizioni necessarie ed opportune alla instaurazione di un regime di vita separata, concludendo che quest'ultimo non debba essere omologato e che la sua modifica non richieda il procedimento di cui all'art. 710 c.p.c. È stato affermato che, in questo caso, si tratterebbe di accordi atipici ai sensi dell'art. 1322 c. c. soggetti integralmente alla disciplina del diritto contrattuale comune, validi ed efficaci senza necessità di omologa.

Il fatto che la giurisprudenza sottolinei come questi accordi in assenza di omologa non possano produrre gli effetti tipici della separazione tra i coniugi, non significa che essi siano invalidi, bensì che essi rimangono

Nota:

(25) In questo senso Cass. 25 settembre 1978, n. 4277, in *Leggi d'Italia*, più recentemente Cass. 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, pag. 278; Cass. 19 agosto 2015, n. 16909, in *Leggi d'Italia*; Cass. 26 luglio 2018, n. 19847, in *Leggi d'Italia*; Cass. 7 maggio 2019, n. 12023, in *Leggi d'Italia*.

validi ed efficaci anche se inidonei, da soli, a produrre le conseguenze che la legge connette al provvedimento giurisdizionale di separazione.

In quest'ottica si colloca la giurisprudenza Cass. n. 2270/1993 e Cass. n. 675/1994 (26) che afferma la validità degli accordi *a latere*, ossia di tutti quegli accordi tra i coniugi che non vengono recepiti nel provvedimento di separazione, che trovano fondamento nel principio di autonomia privata e che, quando non riguardino i profili c.d. essenziali della separazione, sono efficaci a prescindere dal provvedimento di omologa.

La giurisprudenza citata distingue, a riguardo, tra patti coevi e patti successivi alla separazione; e ne riconosce a certe condizioni la validità ed efficacia.

I patti coevi e non trasfusi nel provvedimento di omologa vengono considerati pienamente validi ed efficaci a condizione che il loro contenuto non sia contrario ai dettami dell'art. 160 c.c. e non lambisca il c.d. contenuto essenziale, ma si limiti a dettare regole di contenuto patrimoniale necessarie ed opportune alla instaurazione di un regime di vita separata.

I patti successivi vengono ritenuti sempre ammissibili se regolino aspetti non presi in considerazione dall'accordo omologato e/o compatibili con esso e sempre che non importino una violazione dell'art. 160 c.c. Nell'ipotesi, viceversa, in cui l'accordo successivo sia sostanzialmente modificativo delle condizioni di separazione, si afferma la sua validità solo nel caso in cui esso assicuri un trattamento maggiormente vantaggioso al soggetto protetto, il c.d. coniuge economicamente più debole, mentre lo si ritiene sostanzialmente inefficace nel caso in cui riservi a quest'ultimo un trattamento peggiorativo.

Questo nuovo orientamento (Cass. n. 7029/1997, Cass. n. 5829/1998, Cass. n. 20290/2005, Cass. n. 22329/2007, Cass. n. 16909/2015, Cass. n. 298/2016, Cass. n. 19847/2018, Cass. n. 12023/2019) (27) ha considerato non derogatori i patti *a latere* che non modificano la sostanza né l'equilibrio dell'accordo o quelli che ne costituiscono una mera specificazione,

Note:

(26) Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Leggi d'Italia*; Cass. 22 gennaio 1994, n. 675, in *Leggi d'Italia*.

(27) Cass. 28 luglio 1997, n. 7029, in *Leggi d'Italia*; Cass. 11 giugno 1998, n. 5829, in *Leggi d'Italia*; Cass. 10 ottobre 2005, n. 20290, in *Leggi d'Italia*; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22329, in *Leggi d'Italia*; Cass. 19 agosto 2015, n. 16909, in *Leggi d'Italia*; Cass. 12 gennaio 2016, n. 298 in *Leggi d'Italia*; Cass. 26 luglio 2018, n. 19847, in *Leggi d'Italia*; Cass. 7 maggio 2019, n. 12023, in *Leggi d'Italia*.

ribadendo che detti accordi possano disciplinare solo il contenuto c.d. eventuale e che quindi non possano avere ad oggetto né il consenso reciproco a vivere separati, né l'affidamento dei figli né tantomeno l'assegno di mantenimento.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, si è precisato che un accordo *a latere* avente ad oggetto l'assegno di mantenimento, se precedente, è sempre nullo; se coevo, deve considerarsi sempre inefficace; mentre se è successivo è vincolante solo nel caso in cui sia maggiormente vantaggioso per il coniuge titolare del diritto alla corresponsione dell'assegno.

In quest'ottica si colloca quell'indirizzo giurisprudenziale di quelle Corti, al quale si farà cenno nel corso di questo lavoro, che ha considerato gli accordi *a latere* affetti da nullità non "assoluta" bensì "relativa". Una nullità eccezionale solo dalla parte nel cui interesse è posta la disciplina patrimoniale di separazione o di divorzio, con la conseguenza che la nullità di un eventuale accordo anteriore o coevo alla separazione, con il quale i coniugi abbiano fissato la misura dell'assegno di mantenimento, non potrebbe essere invocata dalla parte obbligata alla corresponsione. Parimenti la misura dell'assegno sarebbe irrilevante se invocata dalla parte obbligata, mentre sarebbe rilevante nella opposta ipotesi in cui venisse richiesta dalla parte che ne beneficia.

Questo indirizzo giurisprudenziale si comprende più agevolmente se si considera la funzione che l'ordinamento giuridico ha storicamente attribuito all'assegno di mantenimento, la cui natura è assai problematica e s'interseca con il concetto di solidarietà *post* coniugale. Sebbene ancora oggi la giurisprudenza italiana abbia affermato che l'assegno di mantenimento abbia natura integralmente assistenziale anche per ciò che attiene al suo contenuto perequativo-compensativo, l'auspicio è che il pensiero evolva correttamente nel distinguere ciò che è effettivamente assistenziale e dunque indisponibile (il diritto agli alimenti o l'assegno di mantenimento puramente assistenziale) e ciò che avendo una funzione c.d. riequilibratrice è disponibile poiché volto a garantire al coniuge c.d. economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto durante il matrimonio.

Al di là di questo profilo, per il quale si rinvia al prossimo paragrafo, gli accordi a contenuto patrimoniale che non incidano sull'assegno di mantenimento sono stati considerati non solo validi ed efficaci ma anche da proteggere dal punto di vista della

qualificazione rispetto ai terzi e dei risvolti fiscali (28). La Cassazione (con le decisioni n. 17612/2018 e n. 10443/2019) (29), infatti, ha escluso che si tratti di atti di liberalità ed ha precisato che la loro riconducibilità all'interno degli atti gratuiti o di quelli onerosi dipende dal singolo caso, dovendosi verificare in concreto se l'accordo implichi o no una sistemazione *solvendi causa* (atti di adempimento traslativo) con funzione solutorio-compensativa di tutti i rapporti aventi riflessi patrimoniali maturati nel corso della vita matrimoniale.

Per altro verso la Cassazione (sentenze nn. 2111/2016, 3110/2016, 5156/2016, 8104/2017, 22023/2017) (30) ha anche affermato che il trasferimento tra i coniugi di un bene immobile, per l'acquisto del quale l'acquirente aveva usufruito dell'agevolazione c.d. della prima casa, non comporti decadenza dal beneficio, dal momento che tale trasferimento costituisce un atto relativo al procedimento di separazione e divorzio e, dunque, un atto che non può implicare la decadenza dal beneficio delle agevolazioni.

Le riflessioni sinora fatte dimostrano la rilevanza acquisita dall'autonomia privata nell'ambito della gestione della crisi; la casistica esaminata riguarda però solo i casi in cui la crisi della coppia sia già

sostanzialmente conclamata pur se la coppia non abbia ancora avviato un procedimento di separazione o divorzio perché l'accordo tra i coniugi costituisce il presupposto della domanda congiunta di separazione o di divorzio oppure lo strumento per disciplinare alcuni profili patrimoniali già definiti o non compiutamente definiti con il provvedimento di separazione o divorzio.

Differente è il tema, oggetto specifico di indagine, che riguarda la diversa ipotesi in cui i coniugi, o ancor prima i nubendi, vogliono regolare i loro rapporti patrimoniali in caso di crisi prima che essa si manifesti o addirittura prima ancora della celebrazione del matrimonio.

Non si tratta in questi casi di convenzioni matrimoniali né di accordi di separazione o divorzio, bensì di patti c.d. prematrimoniali o accordi prenuziali.

Questi ultimi possono a loro volta essere distinti in tre categorie:

- (1) accordi stipulati prima del matrimonio e diretti a regolare diritti ed obblighi della coppia;
- (2) accordi diretti a regolare aspetti successori;
- (3) accordi prenuziali diretti a regolare le conseguenze di una eventuale rottura matrimoniale.

Il caso pratico, trattato nella seconda parte del presente saggio, riguarderà tutte e tre le categorie.

Rispetto a questo tipo di accordi l'atteggiamento della giurisprudenza italiana appare molto più restrittivo. Il radicato convincimento che l'autonomia privata non possa avere ad oggetto né il consenso reciproco a vivere separati, né l'affidamento dei figli né l'assegno di mantenimento ha portato la giurisprudenza a negarne validità.

■ La questione della validità degli accordi prematrimoniali. Evoluzione giurisprudenziale

Gli accordi prematrimoniali non sono mai stati ben visti dalla nostra giurisprudenza (vd. Cass. n. 3777/1981) (31). La Cassazione (32), nonostante

Note:

(28) V. Cass. 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Leggi d'Italia*, qui la Corte ha considerato legittima la compensazione operata tra l'importo del credito vantato dall'ex coniuge in ragione del successivo incremento dell'assegno divorzile disposto dal giudice ed una somma in precedenza corrisposta dall'obbligato all'assegno con funzione integrativa di quest'ultimo; v. Cass. 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Leggi d'Italia*, che ha ritenuto legittimo l'accordo, ribadito congiuntamente da entrambi i coniugi in sede di divorzio, dal quale consta che un precedente trasferimento immobiliare vale come corresponsione *una tantum* dell'assegno di mantenimento; ed ancora v. Cass. 22 novembre 2007, n. 24321, in *Fam. dir.*, 2008, pag. 446, in detta pronuncia la Corte ha considerato valido l'accordo relativo alla futura vendita della casa adibita a residenza della famiglia; Cass. 13 gennaio 2012, n. 387, in *Leggi d'Italia*, in questa sentenza la Corte ha ritenuto valido l'accordo con cui si è limitato il diritto a godere l'abitazione fino a quando fosse durata la convivenza del coniuge assegnatario con il figlio maggiore; Cass. 23 settembre 2013, n. 21736, in *Leggi d'Italia*, qui la Corte ha riconosciuto valido l'accordo con cui uno dei genitori ha sostanzialmente assolto il proprio obbligo di mantenimento dei figli mediante il trasferimento di un bene immobile.

(29) V. Cass. 5 luglio 2018, n. 17612, in *Leggi d'Italia*, e Cass. 15 aprile 2019, n. 10443 in *Leggi d'Italia*.

(30) V. Cass. 3 febbraio 2016, n. 2111, in *Leggi d'Italia*; Cass. 17 febbraio 2016, n. 3110, in *Leggi d'Italia*; Cass. 16 marzo 2016, n. 5156, in *Leggi d'Italia*; Cass. 29 marzo 2017, n. 8104, in *Leggi d'Italia*; Cass. 21 settembre 2017, n. 22023, in *Leggi d'Italia*; tutte queste decisioni affermano il principio di diritto secondo il quale in tema di agevolazioni prima casa, il trasferimento dell'immobile prima del decorso del quinquennio dall'acquisto, se effettuato a favore del coniuge in virtù di una modifica delle condizioni di separazione, pur non essendo riconducibile alla forza maggiore, non comporta la decadenza dai benefici fiscali attesa la *ratio* dell'art. 19 della Legge 74/1987 che è quella di favorire la complessiva sistemazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in occasione della crisi, escludendo che derivino ripercussioni fiscali sfavorevoli dagli accordi intervenuti in tale sede.

Note:

(31) V. Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Diritto e famiglia*, 1981, pag. 1025, qui la Cassazione sancisce la nullità dei patti prematrimoniali per illiceità della causa, affermando l'indisponibilità dell'assegno divorzile in considerazione della sua natura eminentemente assistenziale.

(32) Il percorso che ha condotto a consacrare l'autonomia negoziale dei coniugi nella fase della separazione è segnato da pronunce giurisprudenziali che assegnano ai coniugi la facoltà di stipulare accordi finalizzati a definire la crisi coniugale con disposizioni patrimoniali anche in adempimento di obblighi derivanti dalla legge e dalla separazione o divorzio. V. Cass. 15

(segue)

occasionalmente spiragli, li ritiene nulli per illiceità della causa e per impossibilità dell'oggetto. Secondo gli Ermellini riconoscere alle parti la facoltà di accordarsi preventivamente sulle sorti economiche conseguenti alla fine del rapporto matrimoniale, contrasterebbe con il principio di indisponibilità dei diritti scaturenti dal matrimonio.

Ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale in materia di accordi prematrimoniali emerge una certa intransigenza della Suprema Corte.

Gli argomenti addotti a sostegno della posizione rigidamente negazionista sono riassumibili essenzialmente in cinque punti:

(1) contrarietà all'art. 160 c.c. secondo cui gli sposi non possono derogare ai diritti e ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio;

(2) illiceità della causa derivante da violazione della norma di ordine pubblico familiare da cui deriva l'indisponibilità dello status;

(3) limitazione della libertà processuale che verrebbe sacrificata da detti accordi in violazione al diritto di difesa costituzionalmente garantito all'art. 24 della Carta costituzionale;

(4) inammissibilità della rinuncia a diritti futuri (33);

Note:

(continua nota 32)

marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, pag. 1787, la Corte stabilisce che l'accordo dei coniugi sottoposto ad omologazione del Tribunale ben può contenere rapporti patrimoniali anche "non immediatamente riferibili, né collegati in relazione causale al regime di separazione o ai diritti e agli obblighi derivanti dal matrimonio" ed ancora v. Cass. 12 maggio 1994, n. 4647, in *Foro it.*, 1995, fasc. n. 10, pagg. 2983-2990, nella quale la Corte afferma come anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali fra coniugi sia "ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite fra le parti, sia pure nel rispetto dell'indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione fra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte in cui le parti diano luogo ad un regolamento di interessi estraneo al rapporto originario". L'affermarsi della tendenza ad applicare la disciplina contrattualistica ai negozi familiari, è ravvisabile in alcune pronunce giurisprudenziali nelle quali si trovano richiamati i principi tipici della materia contrattuale, e segnatamente: i principi in tema di formazione del consenso ex artt. 1326 e 1328 c.c., quelli di cui all'art. 1371 c.c. ad una convenzione accessoria alla sentenza di divorzio, ed infine quelli più generali in tema di interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 ss. c.c., v. Cass. 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, col. 1233; Cass. 4 settembre 2004, n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, pag. 508, con nota di Pagni; Cass. 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, col. 1189.

(33) Sul punto V. Barba, *Patti in previsione della crisi familiare*. (supra, nota 12), pag. 430 il quale osserva come questo argomento sia poco rilevante. L'Autore afferma che "se è vero infatti che si tratterebbe della rinuncia preventiva di un diritto futuro la cui esistenza e misura dipende da variabili assolutamente indeterminate e indeterminabili, è anche vero che il nostro ordinamento per quanto valuti con particolare prudenza gli atti dispositivi di diritti futuri (vd. artt. 458 e 771 del c.c.) non ne esclude, in radice la validità, (vd. artt.

(segue)

(5) irrinunciabilità della clausola *rebus sic stantibus* prevista dall'art. 156, ultimo comma, c.c. e dall'art. 9, Legge n. 898/1970.

Fondamentalmente, secondo la Suprema Corte, la nullità va affermata per motivi di ordine pubblico, essendo tali accordi incompatibili con l'indisponibilità dello status di coniuge e con il diritto all'assegno divorzile, in considerazione della natura assistenziale di quest'ultimo (34).

Invero, come già accennato, dal 2000 in poi si rinvencono decisioni (Cass. n. 8109/2000, Cass. n. 5302/2006; Cass. n. 17634/2007) la cui rigidità pare attenuarsi (35).

Gli Ermellini, infatti, iniziano a considerare gli accordi prematrimoniali che quantificano preventivamente l'assegno divorzile come affetti da nullità non più assoluta, ma relativa. La Corte riconosce, infatti, che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico e che il principio di indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole.

Note:

(continua nota 33)

820, 1348, 1472, 1938, 2823 del c.c.), rinviando sostanzialmente a valutazioni che attengono alla meritevolezza del negozio, prevedendo, se del caso, talune cautele in ragione della futurità del credito".

(34) Cfr. M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio* (supra, nota 15), che riferisce della trasformazione pretoria della funzione assistenziale in funzione perequativa e distributiva di redditi e patrimonio dal coniuge più ricco a quello più povero. L'Autore rileva che "l'attuale disciplina dell'assegno post coniugale manifesta un eccesso di tutela del coniuge c.d. economicamente più debole al quale, anche se autosufficiente, si vuole garantire il diritto a conservare il precedente tenore di vita. Detto orientamento giurisprudenziale non pare congruo e coerente con la natura estintiva del vincolo che è propria del divorzio e poteva concepirsi in un'epoca, ormai passata, caratterizzata da una unione esclusiva ed unica nel corso dell'esistenza e che oggi, invero, si scontra con la realtà assai differente e diffusa di successione di plurimi rapporti patrimoniali e di filiazione, che determina la sovrapposizione di relazioni familiari complesse ed articolate sì da rendere opportuno un ridimensionamento della super tutela del coniuge più debole quanto meno nelle ipotesi in cui egli si trovi in condizione di piena autosufficienza economica" (così si esprime M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio* (supra, nota 15), pag. 104, nota 27).

(35) V. Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2000, I, pag. 704, con nota di E. Bargelli; in *Fam. e dir.*, 2000, pag. 429, con nota di V. Carbone; in *Corr. Giur.*, 2000, pag. 1021, con nota di L. Balestra; in *Giust. civ.*, 2000, I, pag. 2217, con nota di G. Giancalone; in *Giur. it.*, 2000, pag. 2229, con nota di L. Barbiera; in *Foro it.*, 2001, I, pag. 1318, con note di E. Russo e G. Ceccherini; in *Famiglia*, 2001, pag. 243, con nota di G. Ferrando. V. Cass. 10 marzo 2006, n. 5302, disponibile sul sito www.tedioli.com; Cass. 10 agosto 2007, n. 17634, disponibile sul sito www.giacomooberto.com; in queste sentenze la Suprema Corte introduce il principio della nullità relativa e non più assoluta, affermando, conseguentemente che l'invalidità dei patti aventi ad oggetto l'assegno divorzile può essere fatta valere solo dal coniuge avente diritto all'assegno.

Se questa è la *ratio*, l'azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile solo dal coniuge creditore (e non dal coniuge debitore obbligato a corrisponderlo).

Secondo questo ragionamento la disponibilità opererebbe solo verso l'alto e non verso il basso. Le decisioni sopra citate riguardano casi relativi ad un accordo rivelatosi in concreto favorevole alla moglie, di cui l'obbligato eccepiva la nullità richiamandosi al ricordato orientamento negazionista della Corte.

Nelle decisioni sopra citate la Suprema Corte rigetta la domanda assumendo che si tratta non di un accordo in vista del divorzio ma di una transazione.

La Corte incidentalmente enuncia la ragione di fondo della decisione quando afferma che in questo caso la nullità avrebbe finito per favorire il coniuge debitore dell'assegno e non il creditore dell'assegno divorzile.

Nella decisione Cass. n. 2076/2003 (36) la Corte utilizza l'*obiter dictum* del 2000 (Cass. n. 8109/2000 sopra citata) come argomento sostanziale per decidere in un caso di intera rinuncia preventiva all'assegno, affermando che il principio secondo il quale gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime del futuro divorzio sono nulli per illiceità della causa "...trova fondamento nella esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole". La Corte, conseguentemente, decide che la nullità del contratto non può essere fatta valere dal marito debitore dell'assegno.

Nelle decisioni sopra citate si rinviene un interesse di protezione ascrivibile all'ordine pubblico, quale presupposto di un trattamento della nullità, graduato e differenziato, a tutela della parte contraente, considerata strutturalmente debole, con limitata legittimazione di quest'ultima all'azione di nullità.

La tesi della nullità c.d. relativa è stata criticata sotto vari profili.

È infatti innegabile che se la causa è illecita, la nullità colpisce l'intero contratto e detta nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice; essa poi riserva un trattamento differenziato a ciascuno dei coniugi in possibile violazione dell'art. 3 della Cost. (37).

Note:

(36) V. Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e Dir.*, 2003, pag. 344.

(37) Sul punto M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio* (supra, nota 15), pag. 117, nota 66. L'Autore rileva come "...l'applicazione della categoria della nullità di protezione ai contratti prematrimoniali appaia invero il riflesso di una non più attuale concezione del rapporto giudice-famiglia, secondo la quale la possibilità di autoregolarsi costituisce una graziosa concessione del potere, da accordare ai cittadini, se e quando si ritenga opportuno e compatibile

(segue)

Nel 2012 con la decisione Cass. n. 23713/2012 (38) si registra un mutamento di indirizzo riconoscendosi la validità di un contratto con cui la futura sposa il giorno prima delle nozze si impegna, in caso di separazione o divorzio, a trasferire la proprietà di un immobile al coniuge, per indennizzarlo delle somme spese da quest'ultimo per ristrutturare l'edificio, adibito poi a casa coniugale.

La Corte con la sentenza in esame (Cass. n. 23713/2012) riconosce che le prescrizioni dettate dall'art. 160 c.c. operano in costanza di matrimonio.

Essa afferma la validità del contratto in cui la crisi coniugale sia configurata non come causa genetica dell'accordo, bensì come evento condizionale.

Nella decisione in esame la Corte osserva che sarebbe affetta da nullità insanabile la diversa ipotesi in cui l'obbligo assunto da un coniuge a favore dell'altro svolga una funzione sanzionatoria quale mezzo di coartazione della libertà decisionale in merito ad iniziative relative alla cessazione del vincolo e riconosce, viceversa, la possibilità di subordinare un'obbligazione giuridica al fallimento del matrimonio.

L'evento "fallimento del matrimonio", aggiunge la Corte, non è una condizione sospensiva meramente potestativa, vietata dall'art. 1355 c.c., dal momento che il fallimento del matrimonio non dipende mai dalla mera volontà del coniuge e, soprattutto, in considerazione del fatto che la crisi coniugale non integra una condizione illecita ai sensi dell'art. 1354 c.c. per contrarietà all'art. 160 c.c. (39).

Note:

(continua nota 37)

rispetto al modello di famiglia che ha in mente il giudicante. Un rapporto modellato su quello tra sovrano e cittadino che risulta doppiamente antistorico sia perché la giurisdizione dovrebbe rappresentare la garanzia che ciascuno possa liberamente realizzare il proprio modello di famiglia; sia perché nella fase attuale la giustizia statale ha tempi non compatibili con le esigenze della vita quotidiana delle persone".

(38) V. Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corr. Giur.*, 2013, n. 12, pag. 1564 ss., con nota di F. Sangermano, la vicenda è esaminata anche da G. Gerboni - G. La Marca, "Brevi osservazioni teorico - pratiche sugli accordi in vista dell'eventuale e futura crisi coniugale", in *Vita not.*, n. 2/2013, pag. 869 ss..

(39) Cfr. V. Barba, *Patti in previsione della crisi familiare* (supra, nota 12), pag. 437 ss. che rileva come con questa decisione la Suprema Corte introduca "... (mutuando il linguaggio tipico del diritto delle successioni, che distingue, al fine di contenere il divieto dei patti successori, tra contratti mortis causa e contratti post mortem) al fine di limitare l'interpretazione restrittiva maggioritaria tra accordi discriminis familiae causa, e accordi post discrimen familiae affermando la nullità dei primi e la piena validità dei secondi. La nullità dei primi, gli accordi discriminis familiae causa, discende dal fatto che la crisi della famiglia connota funzionalmente il contratto; mentre la validità dei secondi gli accordi post discrimen familiae deriva dalla circostanza che qui la crisi familiare rappresenta l'occasione della produzione dell'effetto, quei contratti, cioè, nei quali l'effetto

(segue)

Una successiva decisione (Cass. n. 19304/2013) (40) riguarda l'ipotesi di un accordo perfezionato in costanza di matrimonio in forza del quale il marito, ricevuta una somma in denaro dalla moglie, si obbliga a restituirla nell'eventualità di una separazione personale. Qui la Corte ritiene che non ci sia alcuna norma imperativa che impedisca ad un coniuge, prima o durante il matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione all'evento futuro ed incerto della separazione coniugale.

La dottrina (41) ha osservato come con i due arresti del 2012 e del 2013 la Suprema Corte, malgrado

Note:

(continua nota 39)

finale, per il tramite di una condizione o di un termine, viene differito al momento della crisi". Nel caso che ha dato luogo alla decisione del 2012, citato nel testo, la Corte esclude che si tratti di un accordo prematrimoniale, precisando che si tratta di un contratto nel quale "il fallimento del matrimonio non viene considerato come causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale". Qui la Corte afferma che si tratta di una *datio in solutum* collegata alle spese affrontate da uno dei coniugi per la sistemazione di un immobile adibito a residenza della famiglia e, dunque, di un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo peraltro alla categoria degli accordi prematrimoniali in vista del divorzio (che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante) e caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali. L'Autore sottolinea come "... la decisione, per quanto possa essere considerata di significativo interesse, non costituisce un'apertura della nostra giurisprudenza agli accordi prematrimoniali, la cui nullità viene anzi ribadita e confermata, ma la semplice validità di un accordo nel quale la crisi familiare è assunta a evento condizionante di un effetto economico". Con questa sentenza, continua l'Autore, "si inaugura una stagione pronta ad affermare la validità dei contratti post discrimen familiae ossia dei contratti con i quali i nubendi o i coniugi regolano un singolo aspetto economico (che non può concernere l'assegno di mantenimento) sotto la condizione sospensiva della crisi familiare. Un accordo, dunque, che non ha né può assumere la funzione propria degli accordi prematrimoniali, che hanno l'aspirazione di dettare una regolamentazione dell'assetto patrimoniale generale per il tempo successivo della crisi".

(40) La decisione successiva, a cui ci si riferisce nel testo, è quella della Cass. 21 agosto 2013, n. 19304, in *Notariato*, 2014, pag. 418, con nota di R. Marini, "In tema di restituzione condizionata della somma mutuata - il commento"; ed in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, pag. 10094, con nota di E. Tagliascchi, "Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract". Nella richiamata pronuncia si è decisa la validità della clausola inserita in un contratto di mutuo stipulato tra i coniugi durante il matrimonio con la quale si prevede, in caso di separazione, la restituzione della somma prestata. Di contro alla tesi del coniuge debitore, che sosteneva la nullità dell'impegno per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, in quanto limitativo delle altrui libertà fondamentali, la Corte ha affermato che "il diritto a separarsi del coniuge è diritto personalissimo che non tollera alcuna forma di limitazione" e sottolineato "l'impossibilità di negoziare i diritti ed i doveri che scaturiscono dal matrimonio". Qui la Corte ha chiarito che nessuna norma imperativa impedisce ai coniugi, in costanza di matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione al verificarsi di un evento futuro ed incerto quale è la separazione coniugale, stabilendo che il richiamo agli artt. 143 e 160 c.c. nella specie era improprio, perché l'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegna a restituirlo per il caso della separazione.

(41) così M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio* (supra, nota 15), pag. 120.

l'ossequio formale all'indirizzo tradizionale (nullità dei patti sulle conseguenze economiche del divorzio), introduca una categoria di contratti *pre* o *post* matrimoniali validi. Contratti, questi, caratterizzati da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, in cui la crisi del rapporto viene in considerazione solo alla stregua di un evento dedotto in condizione.

Si rivengono altre decisioni (Cass. n. 18066/2014, Cass. n. 4210/2014, Cass. n. 24621/2015) nelle quali viene affermata la validità di un accordo negoziale preventivamente stipulato dalle parti sugli effetti patrimoniali del divorzio o della separazione.

Nella prima vicenda (Cass. n. 18066/2014) (42) le conclusioni uniformi di divorzio, poi recepite nella sentenza, prevedono l'obbligo di un trasferimento immobiliare da uno dei coniugi al figlio. Nel secondo caso (Cass. n. 4210/2014) (43) la controversia riguarda la natura di un accordo tra coniugi per vendere la casa coniugale, di comune proprietà, con destinazione del ricavato al saldo di un mutuo ipotecario e divisione in pari quote del residuo prezzo. La Corte non dubita della validità di siffatto accordo, qualificando il contratto come transazione comprensiva di ogni precedente rapporto obbligatorio. Nel terzo caso (Cass. n. 24621/2015) (44) la Corte si è occupata di un caso in cui i coniugi avevano concluso in sede di separazione un dettagliato piano di assegnazioni di beni quale accordo *a latere* non sottoposto ad omologazione.

In queste ultime decisioni, la Corte, pur continuando a prestare formale ossequio alla teoria tradizionale della nullità dei patti in vista del divorzio volti a regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione dell'assegno), manifesta tuttavia delle aperture a favore della volontà di autodeterminazione dei coniugi, ricordando che i patti prematrimoniali sono frequenti negli Stati Europei ove svolgono una importante funzione deflattiva.

Nel 2017 (45) (Cass. n. 788/2017) assistiamo ad una battuta d'arresto. In questa decisione la Corte

Note:

(42) Cass. 20 agosto 2014, n. 18066, in *Fam. dir.*, 2015, pag. 357 con nota di Filairo.

(43) Cass. 21 febbraio 2014, n. 4210, in *Leggi d'Italia* e nello stesso senso Cass. 19 agosto 2015, n. 16909, in *Leggi d'Italia*.

(44) Cass. 23 dicembre 2015, n. 24621 in *Fam. dir.*, 2016, pag. 247 con nota di Carratta.

(45) V. Cass. 13 gennaio 2017, n. 788, in *Foro it.*, fasc. 4, 2017, nella pronuncia si legge che "L'assegno divorzile è indisponibile per quanto concerne la componente assistenziale, sicché ogni atto intervenuto in altra sede, tendente a

(segue)

torna a riaffermare, in modo rigido e senza alcun distinguo, la nullità per illiceità della causa degli accordi prematrimoniali con cui i coniugi stabiliscono, in sede di separazione, il regime giuridico patrimoniale conseguenti a un futuro ed eventuale divorzio, per violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c.

L'indagine sulla giurisprudenza, sin qui condotta anche se in modo sintetico, restituisce una casistica che evidenzia come accanto alle decisioni rigidamente negazioniste sia possibile individuare decisioni, divenute gradualmente sempre più frequenti, nelle quali si è affermata la validità di singole intese preventive, purché non vi siano rinunce preventive ad un futuro assegno di divorzio o regolamentazioni dell'intero assetto economico tra i coniugi divorziati.

Dall'analisi del materiale giurisprudenziale condotta emerge, quindi, un sistema di regole create in via interpretativa dal diritto pretorio, volte a garantire il mantenimento vitalizio al coniuge economicamente più debole. Questo ultimo aspetto non può essere trascurato poiché il filone giurisprudenziale tradizionale arroccato sulla nullità, in ultima analisi, appare intrecciato a doppio filo con quello in tema di assegno di divorzio.

■ L'assegno di divorzio ed il precedente tenore della coppia

Il vero punto nodale della questione appare, pertanto, quello del fondamento sostanziale dell'indisponibilità preventiva dell'assegno.

La giurisprudenza ancora l'aspetto dell'indisponibilità dell'assegno alla natura esclusivamente assistenziale del medesimo. Essa, però, finisce inesorabilmente per cadere in contraddizione nelle concrete applicazioni.

Gli assegni divorzili, infatti, vengono quantificati non già in termini di un dignitoso mantenimento come la loro conclamata natura assistenziale imporrebbe, bensì sulla base del tenore di vita potenziale

Note:

(continua nota 45)

precludere o a limitare la richiesta di un assegno divorzile deve considerarsi nullo" e Cass. 30 gennaio 2017, n. 2224, disponibile anche sul sito www.rivistafamiglia.it, in questa sentenza la Cassazione ribadisce che "Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c."

della coppia in costanza di matrimonio e quindi in funzione redistributiva e partecipativa.

La netta ritrosia della giurisprudenza italiana a riconoscere validità ai contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio pare, quindi, trovare la sua reale *ratio decidendi* in una tendenziale operazione di livellamento reddituale e patrimoniale a carico del coniuge più agiato, ed a favore del coniuge meno fortunato, indipendentemente dallo stato di bisogno di quest'ultimo. In nome di una perpetua solidarietà *post* coniugale, aprioristicamente e rigorosamente congegnata, si legittima la costituzione di rendite inique che si traducono in ingiustificati arricchimenti a favore di *ex* consorti non meritevoli.

Tali decisioni appaiono ingiuste, *anti*-storiche e sono passibili di dubbia legittimità alla luce di quanto la normativa europea prevede (e sulla quale si dirà *infra*).

S'impone pertanto di riflettere, sia pure sinteticamente, su quello che oggi è diritto vivente in ordine alla determinazione dell'assegno *post* coniugale.

Partiamo dal dato normativo: l'art. 5, comma 6, della Legge n. 898/1970, come modificato dall'art. 10 della Legge 6 marzo 1987, n. 74 (46), stabilisce un unico criterio di attribuzione "non ha mezzi adeguati e comunque non può procurarseli per ragioni oggettive" e diversi criteri di quantificazione "... tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno o quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio".

La giurisprudenza di legittimità, interpretando le Sezioni Unite del 1990 sentenza n. 11490 (47), si è attestata nel senso che il criterio attributivo non è più

Note:

(46) L'art. 5, comma 4, Legge n. 898 del 1° dicembre 1970, nella sua formulazione antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 10 della Legge n. 74 del 6 marzo 1987, recitava: "Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il Tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione".

(47) L'argomento della funzione assistenziale dell'assegno affermato dalla Cass. 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 1, col. 67 ss. è ribadito nel 2015 dalla Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 11, in *Fam. dir.*, 2015, pag. 537, e nel 2017 dalla Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, in *Fam. dir.*, 2017, pag. 636 ss. da ultimo provvisoriamente attenuatosi con la decisione della

(segue)

“l’assenza di mezzi”, bensì “la disparità economica” superando la distinzione, posta dal legislatore, tra unico criterio di attribuzione (mancanza di mezzi) e plurimi criteri di quantificazione individuati nella prima parte del comma 6.

La Corte ha in sostanza trasformato il canone di determinazione (condizioni dei coniugi) in criterio di attribuzione superando nei fatti la stessa idea del carattere assistenziale per riconoscere all’assegno una funzione c.d. perequativa, ovvero redistributiva del reddito tra ex coniugi, e partecipativa, cioè volta a

Note:

(continua nota 47)

Cass. SS.UU. 11 luglio 2018, n. 18287, citata nella successiva nota. Prima della riforma del 1987 prevaleva nella giurisprudenza (Cass. 2 marzo 1990, n. 1652, in *Dir. fam.*, 1990, I, pag. 437 ss.) la tesi della natura polifunzionale dell’assegno che era assistenziale sì ma anche risarcitoria e compensativa. Dopo la riforma permanendo il contrasto in ordine al profilo funzionale, la giurisprudenza interpretando quanto affermato dalle Sezioni Unite nel 1990 (Cass. SS.UU. 29 novembre 1990, n. 11490, già cit., e ribadito sino alla decisione della Corte di cassazione n. 11504 del 10 maggio 2017, già cit.) ha, con molteplici pronunce (alcune delle quali hanno perfezionato il *dictum* delle Sezioni Unite del 1990) ricostruito la vicenda come segue:

a- l’assegno divorzile, nella disciplina introdotta dall’art. 10 della Legge n. 74 del 6 marzo 1987, modificativo dell’art. 5 della Legge n. 898 del 1° dicembre 1970, ha carattere esclusivamente assistenziale, con la conseguenza che deve essere negato se richiesto sulla base di ragioni diverse, quali il contributo personale ed economico dato da un coniuge al patrimonio dell’altro o le ragioni della decisione, poiché la sua concessione si fonda sull’inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio;

b- non è necessario, per beneficiare di detto assegno, trovarsi in uno stato di bisogno, rilevando solo l’ apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate;

c- ove sussista tale ultimo presupposto, da considerare anche con riferimento ai mezzi che possono essere acquisiti attraverso una attività lavorativa, confacente alla qualificazione della persona ed alla sua posizione sociale e di fatto ed ottenibile alla luce delle sue condizioni personali (età e condizioni di salute) e della situazione ambientale (le concrete possibilità offerte dal mercato del lavoro), la liquidazione in concreto dell’assegno deve essere effettuata in base alla valutazione ponderata dei criteri enunciati dalla legge, vale a dire le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno o di quello comune, il reddito di entrambi e la durata del matrimonio, con riguardo al momento della pronuncia di divorzio;

d- il giudice del merito, purché ne dia adeguata giustificazione, non è tenuto ad utilizzare, nel compiere la quantificazione, tutti i suddetti criteri, e potrà anche escludere l’assegno *de quo* a causa dell’incidenza negativa di uno o più di essi;

e- l’accertamento del diritto all’assegno divorzile si articola in due fasi, nella prima delle quali il giudice verifica l’esistenza del diritto in astratto, in relazione all’inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto, mentre nella seconda procede alla determinazione dell’ammontare dell’assegno, alla luce dei parametri summenzionati.

rendere partecipe il coniuge economicamente più debole di eventuali incrementi reddituali o patrimoniali del coniuge debitore.

È evidente, infatti, che individuare il presupposto dell’assegno *post* coniugale nello sbilanciamento delle situazioni patrimoniali dei coniugi e poi quantificarlo in una cifra congrua a mantenere il tenore di vita coniugale, non costituisce attuazione della funzione assistenziale indicata dalla legge e ribadita dalla giurisprudenza (a partire dalla sentenza della Cass. a Sezioni Unite del 29 novembre 1990, n. 11490), ma una sua alterazione che travalica il dato normativo, con il risultato di assicurare al creditore dell’assegno una sorta di emolumento vitalizio che va ben oltre il mantenimento, sia pure latamente inteso.

Tale impostazione, volta a determinare la *ultra*-attività perpetua sul piano economico degli effetti del matrimonio - pur nel venir meno del rapporto che li giustificava - a causa dei profondi mutamenti dei modelli sociali e culturali degli ultimi decenni, appare storicamente inattuale ed estranea all’attuale esperienza giuridica della famiglia.

L’assunto si risolve, infatti, in un’aprioristica visione ideologica di retroguardia che dovrebbe auspicabilmente essere superata.

Nella realtà largamente diffusa delle famiglie ricomposte, la suddetta impostazione ha, determinato la paradossale conseguenza che la nuova moglie o compagna debba contribuire al *menage* familiare con i proventi del proprio lavoro in misura significativa in quanto il *partner* resta obbligato vita natural durante a versare l’assegno mensile alla prima moglie che rimane in tal modo sollevata da ogni preoccupazione lavorativa (48).

La Suprema Corte continua, infatti, a riconoscere il diritto all’assegno all’ex coniuge anche quando questi risulti economicamente autosufficiente poiché titolare di un reddito non irrilevante.

Il tutto viene fatto in nome di una solidarietà *post* coniugale che, così come rigidamente concepita, collide apertamente con il divorzio ed il suo fisiologico effetto estintivo di quel legame materiale e spirituale che è la vera ed unica fonte della solidarietà tra coniugi.

Nota:

(48) Così M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio* (*supra*, nota 15), pag. 130, nota 90.

È stato a riguardo osservato (49) che il rapporto derivante dall'assegno di divorzio invece che attuare l'art. 2 della Cost. finisce per violarlo, perché rende di fatto difficile per il debitore costituire una nuova formazione sociale (50).

La formula del "precedente tenore di vita" è assunta a dogma quando invece è il prodotto di un preciso frangente temporale: quello della famiglia monored-dito con rigida divisione dei ruoli di genere, caratterizzato da una connotazione ideologica storicamente determinata, una concezione organica e pubblicistica della famiglia, che è poi quella che ha accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali e la codificazione del diritto civile nella seconda metà del Diciannovesimo secolo e nella prima metà del Ventesimo.

L'ordine di idee espresso pare, tuttavia, suscettibile di essere rimeditato alla luce del recente orientamento espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 18287 dell'11 luglio 2018 (51) con riferimento ai criteri di accertamento del diritto all'assegno divorzile.

In particolare, innovando l'unanime orientamento giurisprudenziale che ha sempre attribuito natura strettamente assistenziale all'assegno di divorzio, le sezioni congiunte del Supremo Consesso riconoscono che l'assegno non ha soltanto valore di aiuto economico per il coniuge bisognoso. Si afferma che esso, in pari misura, assolve una funzione compensativa e

perequativa, ossia di riconoscimento del contributo fornito dal richiedente alla conduzione del consorzio familiare, sulla base di scelte condivise col *partner* in costanza di matrimonio.

La valorizzazione dell'incidenza causale che le determinazioni comuni possano assumere sul profilo economico dei coniugi, dopo la fine del vincolo nuziale, può aprire la strada al riconoscimento giurisprudenziale della validità di patti con i quali i futuri consorti decidano di compensare le rispettive posizioni in caso di divorzio.

Si potrebbe ipotizzare e sperare che lo stesso assegno divorzile possa costituire oggetto di un accordo prematrimoniale, considerata la sua vocazione perequativa e, dunque, disponibile.

Tuttavia questo è un ragionamento legato ad un indirizzo interpretativo espresso recentemente del quale non è ancora possibile approfondire tutte le implicazioni. D'altro canto, si può affermare che l'indagine sulla validità dei patti prematrimoniali si arricchisce di un nuovo spunto di riflessione che certamente la dottrina e la giurisprudenza non tarderanno a cogliere, per raggiungere approdi concettuali probabilmente inediti.

■ L'assegno divorzile nel quadro normativo sovranazionale

I tempi sono probabilmente maturi per una decisa inversione di rotta.

Il criterio di determinazione dell'assegno divorzile basato sulla pretesa redistribuzione di reddito a carico del coniuge economicamente più forte con un assegno vitalizio pare, infatti, contrastare con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, violando i principi di autoresponsabilità e di autosufficienza.

La Carta, infatti, nel tutelare il diritto a costituire una famiglia, garantisce anche il diritto a costituire una famiglia nuova a seguito dello scioglimento del precedente matrimonio.

Poiché il nostro Paese fa parte dell'Unione Europea si impone, quindi, una verifica della compatibilità con il quadro normativo sovra nazionale della posizione giurisprudenziale sul principio della "solidarietà *post* coniugale".

Anche la Corte di cassazione n. 6289/2014 (52) ha di recente affermato che il diritto di costituire una

Note:

(49) Così A. Cariola, "Quel che resta e quel che impedisce la vicenda dell'assegno divorzile nel contesto delle nozioni di famiglia e convivenze nella giurisprudenza costituzionale", in *Riv. A.I.C.*, 2014.

(50) Cfr. M. Finocchiaro, "Le più recenti e significative pronunce della Corte di cassazione in materia di diritto di famiglia", in *Atti del Convegno "Le famiglie del terzo millennio"*, 16 ottobre 2015, pag. 30; l'Autore rileva che, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale si è tornati al diritto codificato della fine degli anni '30, quando il marito aveva l'obbligo di mantenere la moglie vita natural durante. A. Lamorgese, "L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale", in *Questione giustizia* dell'11 marzo 2016, il quale mette in evidenza come il dogma del tenore di vita matrimoniale sia in contrasto tanto con l'art. 31 comma 1 della Cost. (che pone a carico della Repubblica il compito di agevolare la formazione della famiglia) quanto con l'art. 23 Cost. che vieta interpretazioni che favoriscano indebite imposizioni patrimoniali, per concludere che dopo il divorzio gli unici legami destinati a rimanere in vita tra gli *ex* coniugi dovrebbero essere quelli riguardanti i figli e, qualora eccezionalmente riguardino i rapporti patrimoniali, essi dovrebbero avere una durata temporanea.

(51) V. Cass. SS.UU. 11 luglio 2018, n. 18287, in *Fam. dir.*, 2018, pag. 1019 (il testo integrale è consultabile anche sul sito www.remidafamiglia.com). Qui la Suprema Corte fornisce una lettura dell'art. 5, sesto comma, della Legge n. 898/1970 che supera la tradizionale interpretazione dell'assegno divorzile con funzione squisitamente assistenziale preposto istituzionalmente alla tutela del coniuge debole, valorizzando in concreto i ruoli endofamiliari dei coniugi. La Corte abbandona il criterio del c.d. tenore di vita così come il criterio dell'"autosufficienza economica" dei coniugi per privilegiare una funzione perequativa-compensativa dell'assegno divorzile.

Nota:

(52) Cass. 19 marzo 2014, n. 6289 disponibile su *Leggi d'Italia*.

nuova famiglia è ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950 (art. 12), nonché dalla Carta europea dei diritti fondamentali (art. 9).

Anche nel nostro ordinamento, pertanto, il problema viene avvertito: l'orientamento della Corte di cassazione in materia di assegno di divorzio appare destinato ad essere modificato, in modo da consentire - tra l'altro - un avvicinamento alle soluzioni che si sono affermate in Europa.

Ma, com'è agevole cogliere, in questo grande cantiere aperto che è la costruzione in Europa di un unitario e comune diritto di famiglia, molto resta ancora da fare e spetta anzitutto alla cultura giuridica il compito di ritrovare il filo che può dare fondamento ed unità di senso alle diverse e plurali aggregazioni familiari, alla riscoperta e messa in chiaro dell'essenza vitale del principio-famiglia.

Come è stato sapientemente osservato (53) la famiglia è sì "categoria giuridica", ma non anche necessariamente "normativa", ossia dettata dall'alto di un diritto formalmente stabilito. Ciò in quanto essa preesiste al diritto positivo, che la trova nella concreta esperienza storico - reale di vita dei consociati, siccome scaturente dal basso, nella forma di un rapporto di necessaria coappartenenza tra persona e comunità. In questo senso, famiglia è anche nesso di necessaria coappartenenza tra *Sein* (essere) e *Sollen* (dover essere), tra realtà e regola, formazione sociale in funzione esplicativa della persona e nel contempo solidaristico impegno reciproco di cure e di affetti come tale realmente praticato e stabilmente vissuto dai suoi membri.

Tutto questo per dire che la ricerca di un sostenibile modello familiare da porre a base di un riformato e uniforme diritto di famiglia in Europa non è operazione che possa compiersi in astratto, ma solo attingendo al costume e allo stile di vita dei popoli europei, al fine di cogliere ciò che, nonostante la pluralità e varietà delle forme organizzative, assume i tratti identificativi della formazione sociale realizzativa delle istanze fondamentali della persona considerata nella totalità e molteplicità delle sue espressioni e manifestazioni attive. E questo è certamente un compito che spetta alla cultura

giuridica, che, in quanto scienza del dover-essere, è sicuramente parte anch'essa fondamentale e imprescindibile del processo di integrazione giuridica europea.

Se non si vuole che il modo di strutturarsi delle relazioni familiari resti a dipendere dall'alto di un *praescriptum legis* o *curiae*, allora occorre rovesciare l'impostazione, ripartendo sempre dal basso dell'esperienza, che vuol dire recuperare un criterio di giudizio tratto dal luogo stesso in cui ha origine e prende forma e consistenza la formazione-famiglia.

Il matrimonio quale fondamento della famiglia intesa come società naturale dall'art. 29 della Costituzione, prima che un atto giuridico è un fatto umano e sociale, un atto da cui scaturiscono *in primis* rapporti morali e affettivi, come lo stesso giurista romano Modestino constatava "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*" (le nozze sono l'unione di un uomo ed una donna, e la comunanza di tutto quanto attiene alla loro vita, l'aver in comune regole trascendenti e umane), un fenomeno dunque a cui il diritto s'interessa, ma che al diritto preesiste, ne è fonte. Non si può pertanto in questo senso non prendere atto dei radicali cambiamenti legati all'evoluzione della società e del costume e al mutato quadro normativo.

Nota:

(53) V. per il rilievo della prassi negoziale nel quadro delle fonti del diritto G. Alpa, "Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi", in A. Cicu - F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, pag. 332; di recente P. Grossi, "Sulla odierna fattualità del diritto", in *Giust. civ.*, 2014, pag. 11 ss. che, riprendendo il pensiero di Santi Romano, ricorda che il diritto è prodotto dal fatto, scaturisce immediatamente dalle forze sociali. Le recezioni e formalizzazioni operate dal giudice e dal legislatore vengono dopo ma non è questo filtraggio a conferire giuridicità a ciò che è già di per sé diritto in grazia della propria effettività. Lo Stato, il legislatore, il giudice non esauriscono la giuridicità perché il diritto è fattuale, spontaneo, spontaneamente osservato, anche se ignorato dall'apparato ufficiale dello Stato; ed ancora P. Grossi, "Sulla odierna incertezza del diritto", in *Giust. civ.*, 2014, pag. 946 ss. Così si esprime "Nessuna potestà al mondo è in grado di creare diritto. Il diritto - questo sì - va inventato, nel senso del latino *invenire*, ossia trovare, va cercato e trovato nelle trame dell'esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola, troppo vecchia o troppo generica, non si presta a ordinare i fatti". Sul ruolo decisivo dell'esperienza cui è oramai inevitabile ricondurre il *proprium* della giuridicità vd. N. Lipari, "Il diritto quale incrocio far le culture", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pag. 7.